عبد الرحمان الشرقاوي

أستاذ القانون المدني

كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية السويسي

جامعة محمد الخامس بالرباط

القانون المدني

دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام

في ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي

الجزء الأول

مصادر الالتزام

التصرف القانوني

1 العقد **2 الإرادة المنفردة**

مقدمة

1. يتفرع القانون المدني **في الأنظمة الغربية إلى قسمين**، هما قسم المعاملات وقسم الأحوال الشخصية[1]؛ هذا الأخير، يهتم بتنظيم علاقة الفرد بأسرته من زواج وطلاق ووصية وميراث وغير ذلك من جوانب الأسرة، التي كان ينظمها في المغرب قانون أو مدونة الأحوال الشخصية منذ سنة 1957 إلى حدود سنة 2004، حيث استبدلت بمقتضى مدونة الأسرة[2].

في حين ينظم قسم المعاملات علاقة مختلف الأشخاص من حيث المال؛ أو بعبارات أخرى، يقصد بقسم المعاملات المالية مختلف القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد من حيث المال.

2. بالرجوع لمختلف المراجع التي اهتمت بالموضوع، يتبين لنا **أن الفقه لم يتفق على تعريف واحد للمال**[3]؛ حيث تذهب **النظرية التقليدية** إلى أن للمال مفهوم واسع يشمل الأشياء التي لها قيمة اقتصادية سواء كانت منقولة أو غير منقولة وتعرف بالأموال المادية، كما يشمل الحقوق التي يمكن أن تترتب على هذه الأشياء وتعرف بالأموال غير المادية[4].

في مقابل ذلك، تذهب **النظرية الحديثة** إلى أن الأموال تقتصر على الحقوق ذات القيمة الاقتصادية التي يمكن أن تترتب على الأشياء، في حين أن الأشياء هي المحال

---

[1] BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie : Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille; 16ème édition; Dalloz/Paris; 2009; p:18.

[2] ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة؛ الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 الموافق لـ 05 فبراير 2004؛ ص:418.

من أجل التعمق في التطور الذي عرفه تعديل مدونة الأحوال الشخصية، يمكن الرجوع إلى مؤلف:

عبد المجيد غميجة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية؛ منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية؛ سلسلة الدراسات والأبحاث؛ العدد الأول/ مارس 2007؛ دار القلم –الرباط؛ ص:29.

[3] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, 13ème édition ; DALLOZ, 2008 ; P:2.

[4] مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي؛ الجزء الثاني: الحقوق العينية الأصلية والتبعية؛ شركة الهلال العربية للطباعة والنشر/ الطبعة الثانية 1987؛ ص:8.

التي تقع عليها الحقوق وتكون ركيزة لها. ولعل أغلب التشريعات الحديثة أخذت بهذه النظرية. ويذهب الأستاذ السنهوري إلى أن الحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقررها القانون للفرد، وهو إما حق عيني[5] أو حق شخصي، وهذا الأخير هو الالتزام، ويسمى حقا إذا نظر إليه من جهة الدائن، ودينا إذا نظر إليه من جهة المدين.

وقد ترتب على الأوضاع الاقتصادية والتقدم التكنولوجي ظهور نوع ثالث من الحقوق المالية، وهو ما يصطلح عليه **بالحقوق المعنوية، وتعرف أيضا بالحقوق الذهنية.** وتتمثل هذه الحقوق في **الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية.** هذه الحقوق الأخيرة تنظمها تشريعات خاصة ويكتفي في القانون المدني بالإشارة إليها فقط.

3. إذا كان للقانون المدني مفهوم واسع فيما مضى فإنه بصدور مدونة نابليون لسنة 1804 أصبح له مفهوم تقني محدد وأضحى نطاقه يقتصر على هذا التقنين[6]؛ وإن كنا نلاحظ أن معظم الدول الغربية اختار واضعو قانونها المدني أن ينظم هذا الأخير كلا من العلاقات المالية والشخصية في إطار موحد.

هذا التحديد **يبرز بصفة أكبر بالنسبة للدول التي تقيم وزنا للدين،** كما هو الشأن بالنسبة لجل الدول العربية الإسلامية، **ذلك أنها تخصص للعلاقات الأسرية تشريعات خاصة،** لارتباطها بالدين والعقيدة، ولذلك فإنها انفصلت عن القانون المدني؛ **أما القوانين المدنية بها فلا تتولى بالتنظيم إلا الحقوق المالية،** بمعنى أن مجال القانون المدني في هذه التشريعات ينحصر في مجموعة القواعد التي تنظم الحقوق المالية للأفراد والالتزامات المترتبة عليهم.

4. أما الوضع عندنا، فيلاحظ أن المشرع المغربي بالرغم من تخصيصه للعلاقات الأسرية تشريعا خاصا يتمثل في مدونة الأسرة، **فإنه نهج في تنظيمه للحقوق المالية نهجا مغايرا،** ذلك أن ظهير الالتزامات والعقود[7] لم يتولى بالتنظيم إلا الحقوق الشخصية أو

[5] عرف الفقه الحق العيني بأنه السلطة التي يخولها القانون للشخص على شيء، تمكن صاحبه من الاستفادة من هذا الشيء. فقيام هذا الحق صحيحا لا يتطلب إلا توفر عنصرين أساسيين، هما صاحب الحق والشيء محل الحق. ومضمون الحق العيني يتمثل فيما يتمتع صاحبه من سلطات على الشيء الذي يرد عليه حقه تجعله يستطيع الاستفادة من هذا الشيء بجميع أوجه الاستفادة التي يخولها حقه هذا بصورة مباشرة ودون تدخل من أي كان.

[6] BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie : Droit civil, Introduction, Biens, Personne, Famille ; op.cit ; P:17.

[7] ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913). غير أنه لم يتم تعريبه إلا في سنة 1965 مع قانون المغربة والتوحيد والتعريب. وقد عرف مجموعة من التعديلات سنشير إلى كل منها بمناسبة التطرق لموضوعها؛ لعل أهمها:

=

الالتزامات في كتابين، خصص الأول لنظرية الالتزام بوجه عام، بينما تناول في الكتاب الثاني العقود المسماة والعقود المرتبطة بها، كما عالج بعض التأمينات التي تقوم ضمانا لهذه الالتزامات من قبيل الكفالة، والرهن الحيازي والامتيازات[8].

أما الحقوق العينية فإن النصوص التي تنظمها تختلف حسب طبيعة الشيء الذي ترد عليه، أي بحسب ما إذا كان منقولا أو عقارا؛ فبالنسبة للمنقولات، يلاحظ خلو التشريع المغربي من تنظيم للحقوق التي ترد عليها باستثناء بعض القواعد المتناثرة في ثنايا ق.ل.ع. ومدونة التجارة، وباستثناء بعض التشريعات الخاصة التي تناولت بالتنظيم بعض المنقولات فيما يصطلح عليها بالمنقولات ذات الطبيعة الخاصة، حيث أشارت إلى بعض الحقوق العينية التي يمكن أن ترد عليها.

في حين أنه إذا تعلق الأمر بالعقارات، فإنه ينبغي التمييز لتحديد التشريع الذي ينظمها بين ما يسمى بأراضي الملك المملوكة ملكية خاصة وبين غيرها من الأراضي،

- الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 345-93-1 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المتعلق بتتميم الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود -الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 12 ربيع الآخر 1414) (29 سبتمبر 1993)؛ ص:1832-؛
- القانون رقم 27.95 المتمم للفصل 264 من ق.ل.ع. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.157 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1995) -الجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 10 ربيع الآخر 1416 (6سبتمبر 1995)، ص:2443-؛
- القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.309 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) -الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7نوفمبر 2002)، ص:3183-؛
- القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) -الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1428 (6ديسمبر 2007)، ص:3879-؛
- القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود -ظهير شريف رقم 1.11.140 صادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص:4678.
- العديد من الفصول المعدلة بمقتضى مجموعة من المواد القانونية الواردة في القانون رقم 31.08 يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك؛ الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص:1073.

[8] تنبغي الإشارة إلى أن قانون الالتزامات والعقود المغربي اقتبست أحكامه من المجلة التونسية للالتزامات والعقود التي وضعت هي الأخرى من طرف الحماية الفرنسية بتونس سنة 1906 مع اختلاف بسيط يتمثل في حذف بعض النصوص القانونية التي توجد في المدونة التونسية. ومن جهة أخرى، فإن قانون الالتزامات والعقود وضع في البداية من أجل أن يطبق على الفرنسيين والأجانب بمنطقة الحماية الفرنسية سنة 1913، ثم بعد ذلك على مجموع التراب المغربي ومن قبل المحاكم العصرية سنة 1958 -ظهير شريف بتاريخ 31 ماي 1958 المتعلق بتوحيد التشريع على مجموع التراب المغربي، الجريدة الرسمية عدد 2383 بتاريخ 06 يونيو 1958، ص:996-، ومن طرف المحاكم الموحدة منذ سنة 1965، وذلك بموجب الفصل الثالث من قانون 26 يناير 1965 المتعلق بتوحيد المحاكم والفصل الأول من المرسوم الملكي الصادر في تطبيقه بتاريخ 31 دجنبر 1965، الجريدة الرسمية عدد 2776 بتاريخ 12 يناير 1966، ص:47.

للتعمق في هذا الموضوع راجع أحمد ادريوش: أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية؛ منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة ومكتبة الأمنية، الطبعة الأولى 1996، ص:9.

محمد شيلح: سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، ر.د.د.ع. في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس / الرباط ، 1983؛ ص:48.

فهذه الأخيرة كأراضي الجماعة والكيش وأملاك الدولة الخاصة والعامة فإن القواعد التي تنظمها هي في الغالب تشريعات خاصة بل وأحيانا يتم الرجوع إلى الأعراف لمعرفة الحكم الواجب التطبيق.

أما العقارات المملوكة ملكية خاصة فإما أن تكون محفظة أو غير محفظة. فالعقارات غير المحفظة والتي توجد في طور التحفيظ، كانت تخضع أساسا لقواعد الفقه الإسلامي وخصوصا الفقه المالكي. في المقابل، فإن العقارات المحفظة نظمها المشرع المغربي بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 الموافق 9 رمضان 1331 المعتبر بمثابة قانون التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07[9]، وظهير 2 يونيو 1915 الموافق 19 رجب 1333 المتعلق بالقانون المطبق على العقارات المحفظة، الذي تم نسخه بمقتضى القانون رقم 39.08[10] المعتبر بمثابة مدونة الحقوق العينية.

وقد أحسن المشرع المغربي بإصداره لهذا القانون الجديد، الذي أصبح يطبق على جميع الحقوق العينية سواء كانت واردة على العقارات المحفظة أو غير المحفظة؛ حيث إن المادة الأولى بينت القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من الحقوق، وذلك على النحو التالي "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص

[9] ظهير شريف رقم 1.11.177 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري. الجريدة الرسمية عدد 5998،27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)؛ ص:5575.

[10] ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية. الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)؛ ص:5587.

يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

5. بالنظر لكون موضوع الحقوق العينية والحقوق الشخصية يعتبر اليوم من أهم مسائل القانون المدني[11]، فإننا ارتأينا أن نخصص لهما الأولوية في دراستنا لهذه السلسلة من شرح القانون المدني المغربي والمقارن، **على أن تكون البداية بنظرية الالتزام** بوجه عام.

أولا: تعريف الالتزام

6. ذهب الفقه المدني[12] إلى أن الالتزام هو بمثابة رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، يحق بمقتضاه للدائن أن يطالب المدين بإعطاء شيء معين أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. فالحق الشخصي أو الالتزام يتطلب إذن توافر عناصر ثلاثة، **هم صاحب الحق**، أي الدائن، **ومن يقع عليه الحق**، أي المدين، **ومحل الحق**، أي الشيء أو العمل الذي يلتزم المدين القيام به أو الامتناع عنه.

ومضمون الحق الشخصي فيما يتمتع به الدائن من سلطات على مدينه بالوفاء اختيارا وإلا قسرا عن طريق التنفيذ على الأموال[13]؛ ففي عقد الإيجار مثلا فإن صاحب الانتفاع من العين مدة الالتزام لايستطيع مباشرة حقه إلا عن طريق المؤجر، فإذا امتنع هذا الأخير تسليمه العين المؤجرة فما على المستأجر رضاء أم قضاء إلا مطالبته بتمكينه بذلك، بمعنى أن صاحب الحق الشخصي إذا تعلق هذا الحق بشيء فلا تكون له إلا علاقة أو صلة غير مباشرة بهذا الشيء بخلاف الحق العيني[14].

---

[11] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; ECONOMICA / Paris ; 2003 ; P:7.

[12] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, 13ème édition ; DALLOZ, 2008 ; P :25.
I QUADERNI dell' ASPIRANTE : Diritto civile ; EdizioneGiuridiche SIMONE ; 2010. P :114.
LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P:16.
MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; EDITION CUJAS ; 1994/1995 ; P :11.
MOUMMI Saad : Droit civil, droit des obligations ; EDITION ELBADH, IMPRIMERIE NAJAH ALJADIDA ; 2000 ; P :9.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Montchrestien, DELTA ; 2000 ; P :3.
TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations ; 9ème édition DALLOZ ; 2005 ; P:5.

[13] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P :6.

[14] يعرف الحق العيني على أنه سلطة مباشرة لشخص معين ترد على شيء معين، تخوله أن يقوم بأعمال معينة، ولا يحتاج في ذلك إلى وساطة شخص

=

لقد كاد الفقه أن يجمع على أن الالتزام أو الحق الشخصي هو رابطة شخصية بين دائن ومدين، لايستطيع الأول الوصول إلى حقه إلا عن طريق المدين. بمعنى أن هذه الرابطة لا يمكن بأي حال التقليل من أهميتها، إنما إلى جانب ذلك يمثل من حيث موضوعه قيمة مالية تكون حقا في ذمة الدائن ودينا في ذمة المدين.

والواقع أن الالتزام لازال محتفظا بهذين المظهرين إلى يومنا هذا مع التخفيف من حدتهما[15]، كل ما هنالك أنه حصل اختلاف بين المذاهب أي من الناحيتين يتعين تغليبها[16]، فذهب البعض إلى تغليب فكرة الرابطة الشخصية، وهذا هو المذهب الفرنسي التقليدي الموروث عن القانون الروماني (أ)، في حين ذهب البعض الآخر إلى تغليب الناحية المالية وهؤلاء هم أنصار المذهب الألماني الحديث (ب).

أ: المذهب الشخصي في الالتزام

7. ساد المذهب الشخصي في الفقه الفرنسي بالخصوص[17]، حيث نجد هذا الأخير يرى أن الأمر الجوهري في الالتزام **هو كونه رابطة شخصية** فيما بين الدائن والمدين، فبالرجوع لبلانيول نجده يرفض الاعتراف بوجود علاقة قانونية بين الشخص والشيء[18]، حيث عرف الالتزام بأنه بمثابة "علاقة قانونية مابين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين".

من دعاة هذا المذهب في الفقه الألماني سافينيSaviny، وهو يبالغ فيقيم رأيه على فكرة السيادة، إذ الالتزام عنده عبارة عن سيادة الدائن على المدين، أو خضوع المدين

آخر. بمعنى أن الحق العيني يتكون فقط من عنصرين، هما صاحب الحق وموضوع الحق. ويجمع الفقه على أن هذا الحق يمنح صاحبه إضافة للسلطة المباشرة على الشيء موضوع الحق، السلطة في تتبع هذا الشيء أينما وجد وانتقل، كما يمنحه الحق في الأفضلية أو التقدم على هذا الشيء في مواجهة مختلف الدائنين.

[15] RENAULT-BRAHINSKY Corinne : Droit des obligations ; Gualino éditeur; 4ème édition/2006 ; P:21. LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; p :26.

[16] وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي؛ مكتبة النهضة العربية/ القاهرة، الطبعة الأولى 1960؛ ص:2.

[17] SEFTON-GREEN Ruth : La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglais; L.G.D.J. Paris ; 2000 ; P:2.

[18] Ginossar : pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel ; R.T.D. Civ. 1962 ;P:573.

للدائن، وهي صورة مصغرة من الرق. وبذلك فالالتزام والملكية في نظر سافيني من طبيعة واحدة، ولا يختلفان إلا في الدرجة، ففي الملكية يكون الخضوع تاما، في حين هو جزئي في الالتزام، غير أنه موجود في الاثنين.

ب: المذهب المادي في الالتزام

8. قام عدد كبير من الفقهاء الألمان في وجه نظرية سافيني، وعلى رأسهم جييرك وكوهلر، ورفضوا أن تستقر في الفقه الألماني بعدما استطاعوا تخليص قانونهم من النظريات المطبوعة بطابع القانون الروماني وغلبوا النظريات الجرمانية عليها.

لذلك فالفكرة الجوهرية في الالتزام عند هؤلاء لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني، **وإنما تغليب محل الالتزام على طرفيه**[19]، ويغدو الالتزام بذلك عنصرا ماليا أكثر منه علاقة شخصية. فينفصل الالتزام بذلك على شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط بمحله فيصبح شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المالية. ومن أنصار المذهب المادي في فرنسا نجد الفقيه الفرنسي سالي.

9. نشير في الأخير، إلى أن المذهب المادي ليس نظريا فحسب، بل تترتب عليه نتائج هامة، فهو يؤدي إلى سرعة التعامل؛ وهذا يتفق مع ما تقتضيه النظم الاقتصادية الحديثة، حيث يقوم على محل الالتزام أكثر من تركيزه على شخص الدائن أو المدين. ويترتب على ذلك نتائج عملية لها أهميتها، نذكر منها:

- الاعتداد بمحل الالتزام قبل أشخاصه، مع ما يترتب عن ذلك من إمكانية تصور انتقال الحق بين أشخاص الالتزام، ليس من دائن إلى آخر فحسب كما يسلم بذلك أنصار المذهب الشخصي بل أيضا من مدين إلى آخر[20]، فيوجد إلى جانب حوالة الحق Cession de Création، وحوالة الدين Cession de dette.

- لما كانت الرابطة ليست هي الأمر الجوهري، فإنه من الممكن أن يوجد الالتزام دون دائن وقت نشوئه، فيكفي أن يوجد الدائن عند التنفيذ. وهذا لا يمكن تصوره في

[19] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P:25.
[20] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; p :26.

المذهب الشخصي، لأنه من أجل أن ينشأ الالتزام يجب أن تكون هناك رابطة بين دائن ومدين؛ وهذا يقتضي وجودهما عند نشأة الالتزام.

10. الحق يقال، **إن موقف الفقه الإسلامي** بخصوص هذه النقطة كان موفقا؛ حيث اتخذ موقفا وسطا بين النظريتين المادية والشخصية[21]، فقد غلبت فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام، ولم تهمل فيه الفكرة الشخصية؛ بل إن هناك بعض الفقه من ذهب إلى أن فكرة الالتزام في الفقه الإسلامي اصطبغت بصبغة مادية بحتة[22]. غير أن الملاحظة البارزة هي أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد سبقوا الماديين بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث؛ من ذلك:

- أن الفقه الإسلامي أقر إمكانية عدم وجود ملتزم له معين منذ نشوء الالتزام في بعض الحالات، رغم أن الأصل لزوم وجوده عند النشأة؛
- إقرار الفقه الإسلامي لحوالة الدين إلى جانب حوالة الحق.

11. إذا كان الفقه الغربي، ومن معه من الفقهاء العرب، يذهبون إلى تعريف الالتزام والحق الشخصي تعريفا واحدا، على أساس أنهما بمعنى واحد، فإن بعض الفقهاء المسلمين، ومنهم الأستاذ مصطفى الزرقا يرى أن هذا الاتجاه خاطئ، على اعتبار أن مفهوم الحق الشخصي يختلف عن مفهوم الالتزام، فالأول فيه معنى الدائنية، وفي الالتزام معنى

---

[21] إذا رجعنا إلى الفقهاء المسلمين القدامى، نجد هؤلاء لم يعرفوا الحق فقهيا، بل اكتفوا بمعناها اللغوي، الذي يتمثل عندهم في الثبوت والوجوب. وعلى خلاف النهج الذي سار عليه هؤلاء، فإن المحدثين منهم حاولوا تعريف الحق، وإن تباينت هذه التعاريف، ولعل أقربها إلى التبسيط ما أورده الأستاذ علي الخفيف الذي اعتبره **"مصلحة مستحقة شرعا"**.

وتنقسم الحقوق حسب الفقهاء المسلمين إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

1: حق الله؛ وهو ما يقصد به النفع العام للعباد جميعا من غير اختصاص بأحد، وينسب إلى الله العظيم خطره، وشمول نفعه. ومنه ما هو من قبيل العبادات الخالصة، كالإيمان بالله والصلاة والصوم. ومنه ما هو من قبيل الحدود والعقوبات الخالصة، كحد الزنا وشرب الخمر. ومنه ما هو من قبيل العقوبات القاصرة، أي التي لا تنال الجسم أو المال مباشرة، كمنع القاتل أن يرث فيمن قتله. ما يعتبر عبادة وعقوبة في نفس الوقت ككفارة اليمين. ما يجمع بين معنى التعبد وبذل المال، كصدقة الفطر. ويتميز حق الله عن غيره أنه ليس لأحد أن يتنازل عنه أو يسقطه.

2: حقوق العباد؛ وهي التي تترتب لإنسان على آخر، كحق البائع في ملكيته ثمن ما باع. وهذه الحقوق بخلاف حق الله يجوز لصاحبه أن يسقطها ويتنازل عنها. كما أن حق الله لا يورث بخلاف حق العباد فإنه يورث.

3: حقوق مشتركة؛ وهي التي تجمع بين ما فيه حق الله و ما فيه حق العبد، فهي تحقق المصلحة العامة والمصلحة الشخصية في آن واحد. وهذه الحقوق منها ما يكون فيها حق الله غالبا على حق العباد، كحق القذف، ومنها ما تكون فيه المصلحة الشخصية غالبة على المصلحة العامة كحق القصاص.

[22] من هؤلاء الفقهاء وحيد الدين سوار، الذي ذهب إلى أنه لم يثبت قط أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس طوال مدة حياته أحدا في دين، وقال لغرماء المفلس "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك". وأيضا، ماروي أن غرماء معاذ بن جبل طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم حين لم توف أمواله بديونهم، أن يبيع معاذا لهم وفاء لدينه، فقال عليه الصلاة والسلام "ليس لكم إليه من سبيل".

وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي؛ مكتبة النهضة العربية/ القاهرة، الطبعة الأولى 1960؛ ص:4.

المديونية، وإن كان طرفي رابطة واحدة، وعناصرهما واحدة كما تقدم. ومن ثم وجب أن يعرفا بتعريفين مختلفين يظهر فيهما هذا الفارق الأساسي، حسب الفقيه مصطفى الزرقا؛ حيث يعرف الحق الشخصي بأنه "مطلب يقره الشرع لشخص على آخر"، والالتزام بأنه: "كون شخص مكلف شرعا بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره".

12. عموما، فإنه بالرغم من كون قانون الالتزامات والعقود المغربي تأثر بشكل كبير بالنظرية الشخصية، **فإن أحكامه لا تتعارض مع المذهب المادي**، بدليل أنه خول للإرادة المنفردة إمكانية إنشاء الالتزامات كما سنرى في القسم الثاني من هذا الكتاب.

ثانيا: تصنيف الالتزام

13. من أجل تصنيف مختلف أنواع الالتزامات، اعتمد الفقه على مجموعة من المعايير والأسس، يمكننا تلخيصها في اثنين، الأول هو التصنيف المبني على محل الالتزام (أ)، بينما يقوم التصنيف الثاني على أساس مصادر الالتزام (ب).

أ: التصنيف المبني على محل الالتزام

14. يمكن الحديث عن نوعين من التقسيمات للالتزامات التي ترجع إلى التصنيف المبني على محل الالتزام[23]؛ فمن جهة يمكن التمييز بين الالتزام بإعطاء شيء والالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل (1)؛ ومن جهة أخرى، فإن الفقه ثم تبعه القضاء بعد ذلك ميز بين الالتزام بغاية والالتزام بوسيلة (2).

1: الالتزام بإعطاء شيء، الالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل

15. يستشف هذا التصنيف من الفصلين 1101 و 1126 من القانون المدني الفرنسي[24] قبل التعديل الذي تم بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 كما سنرى بمناسبة تناول تعريف العقد وتحديد أركانه، حيث كان الأول يعرف العقد

[23]MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Montchrestien, DELTA ; 2000 ; P:11.
RENAULT-BRAHINSKY Corinne : Droit des obligations;Gualino éditeur;4ème édition/2006 ; P:23.
[24] MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ;Edition CUJAS/ Paris; 5ème édition 1994 ; P:12.
RENAULT-BRAHINSKY Corinne : Droit des obligations ; Gualino éditeur ; op.cit ; P:23.

الذي يعتبر المصدر الأساسي للالتزام بأنه اتفاق شخص أو مجموعة أشخاص يلتزمون بمقتضاه تجاه شخص آخر أو مجموعة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل معين. وفي الثاني، أشار فيه القانون الفرنسي إلى أن لكل عقد محل شيء، يلتزم من خلاله طرف بإعطاء، أو بعمل أو بالامتناع عن فعل معين[25].

ذلك أنه عن **طريق الالتزام بإعطاء شيء**، يلتزم المدين بأن ينقل للدائن حق عيني على شيء معين، سواء تمثل ذلك في نقل الملكية أو حق عيني آخر، كما يتجلى هذا الالتزام في دفع مبلغ مالي إلى الدائن. في حين أنه عن **طريق الالتزام بالقيام بعمل**، يقوم المدين بإنجاز خدمة معينة، كالتزام المقاول ببناء عمارة معينة أو التزام المهندس المعماري بوضع تصميم لبناء منزل أو مستوصف معين. وأخيرا، فإن المقصود **بالالتزام بالامتناع عن عمل**، يتمثل في التزام المدين بالامتناع عن الفعل موضوع التزامه، كما هو الشأن بالنسبة لبائع الأصل التجاري الذي يلتزم في مواجهة المشتري بعدم فتح محل مؤسسة مشابهة لتلك التي قام بتفويتها وذلك في نفس المدينة أو المكان المتواجد فيه المحل موضوع التفويت.

ويرى الفقه، أن الالتزام بإعطاء شيء والالتزام بالامتناع عن عمل يعتبران في جميع الحالات بمثابة التزامات بتحقيق نتيجة، في حين أن الالتزام بعمل قد يكون في بعض الحالات بمثابة التزام بغاية أو بنتيجة وفي حالات أخرى يكيف على أنه التزام بوسيلة[26].

2: الالتزام بغاية والالتزام بوسيلة

16. يرجع هذا التصنيف إلى الفقيه ديموج DEMOGUE، ثم جاء بعده الفقيه مازو[27]MAZEAUD ليعمق البحث فيه بشكل أكبر؛ وبحسب هذا الفقه، فإن الالتزام ينقسم إلى صنفين، الالتزام بغاية والالتزام بوسيلة Obligation de résultat et

[25] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P:47.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ;p :12.
TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations; op.cit ; p:7.
[26] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; ECONOMICA /Paris ; 2003 ; P:57.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; p :13.
[27] MAZEAUD H.: l'obligation générale de prudence et diligence et les obligations déterminées ; RTD Civ. 1936/I ; P:449.

obligation de moyen؛ **ذلك أنه في الكثير من الحالات، يكون للالتزام محل محدد بشكل دقيق،** حيث إن المدين يكون ملتزما بتحقيق هدف ونتيجة بعينها، **وهذا هو الالتزام بغاية أو بنتيجة،** فالناقل يتعين عليه تسليم وإيصال الشيء محل النقل إلى مكان الوصول وفي الأجل المتفق عليه[28].

في مقابل ذلك، فإنه في حالات أخرى لا يكون المدين ملتزما إلا بالقيام بكل الوسائل الممكنة، مع قيامه بأكبر قدر من العناية والاحتياط من أجل الوصول إلى تحقيق نتيجة معينة، غير أنه لا يضمن تحقيقها؛ **ويسمى هذا النوع من الالتزامات بالالتزام بوسيلة؛** فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، وإنما ببذل العناية اللازمة والممكنة من أجل علاجه[29].

17. تظهر أهمية التمييز بين الالتزام بغاية والالتزام بوسيلة **على مستوى شروط المسؤولية المحتملة للمدين**[30]. فإذا كان الأمر يتعلق بالنوع الأول، أي الالتزام بغاية، فإن المدين يعتبر مسؤولا بمجرد عدم تحقق النتيجة، ويبقى عليه من أجل التحلل من هذه المسؤولية أن يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة، كما هو الشأن بالنسبة للناقل الذي لم يقم بإيصال الشيء المتفق عليه أو تأخر في إيصاله.

في حين أن المدين في الالتزام بوسيلة لا يكون مسؤولا إلا إذا أثبت أنه لم يقم بالعناية المتطلبة، وهو الأمر الذي يبقى فيه عبء إثباته ملقى على عاتق الدائن. وهذا حال المريض الذي لم يعالج أو ورثة المريض المتوفى، حيث لا يحصلون على التعويض إلا إذا أثبتوا عدم اتخاذ الطبيب للعناية اللازمة في المجال الطبي.

18. وقد أثار **المعيار الذي ينبغي اعتماده بخصوص العناية الواجب اتخاذها اختلاف الفقه؛** الأمر الذي دفع العديد من القوانين إلى توضيح المعيار الواجب سلوكه؛ ومن هذه التشريعات نجد القانون المدني الليبي الذي أخذ بالمعيار الموضوعي، حينما أشار إلى أن العناية التي ينبغي النظر إليها هي عناية الشخص العادي، كما يتضح لنا من خلال

---

[28] MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; CUJAS/ Paris; 5ème édition 1994 ;P:13.
RENAULT-BRAHINSKY Corinne : Droit des obligations ; Gualino éditeur ; 4ème édition/2006 ; P:25.
[29] MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; op.cit ; P:13.
[30] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; p:13.

مقتضيات المادة 214 من هذا القانون، التي جاء فيها ما يلي: "1. في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل عناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.
2. وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

ب: التصنيف المبني على مصدر الالتزام

19. من بين التصنيفات المهمة، تلك المبنية على أساس مصدر الالتزام؛ حيث يميز الفقه بين الالتزامات الاتفاقية والالتزامات التي تولد دون وجود اتفاق؛ أو بعبارات أخرى، الالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية[31].

فبخصوص **النوع الأول**، فإن المقصود بها هي تلك الالتزامات التي تنتج وتولد بناء على اتفاق بين أطرافه[32]، أي نتيجة لإبرام عقد معين؛ ويشكل هذا النوع، لاسيما أثناء وقت تبني قانون الالتزامات والعقود المغربي، المصدر الأساسي.

أما المقصود **بالنوع الثاني**، فهي مختلف الالتزامات التي لايكون مصدرها الاتفاق والعقد؛ ويتحقق هذا في الحالات التي يجد فيها الالتزام سنده في نص قانوني كما هو الشأن بالنسبة لالتزامات الجوار؛ ومن جهة أخرى، فإن هذا النوع الثاني من الالتزام قد يرجع سببه إلى فعل الشخص الملتزم، ويتحقق هذا في العمل غير المشروع أو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية وأيضا من خلال الإثراء بلا سبب.

ثالثا: أهمية قانون الالتزامات

20. تظهر أهمية قانون الالتزامات المغربي **من الناحيتين النظرية والتطبيقية**؛ فمن جهة أولى، فإنه عن طريق دراسة قانون الالتزامات يمكن استيعاب وفهم باقي المواد الأخرى، ذلك أن المبادئ الأساسية المنبثقة عن نظرية الالتزامات لا تحكم فقط القانون المدني، بل أيضا مجموع مواد القانون الخاص[33]، لاسيما القانون التجاري أو قانون الأعمال الذي

[31] MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; Edition CUJAS/ Paris ; op.Cit; P:12.
[32] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil; Obligations, théorie générale ; op.cit ; p:11.
[33] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, 13ème édition ; DALLOZ, 2008 ; P:39.

يعتمد أساسا على العقد بشكل أساسي في تداول الثروة، كما أن أدوات الدفع والائتمان هي في حد ذاتها التزامات فردية؛ وعموما، فإن الذي يفهم الالتزام يستطيع استيعاب قانون الأعمال بوجه عام. كما أن القانون العام نفسه يقوم في جزء مهم منه على الالتزام، سواء تعلق الأمر بالعقد الإداري أو المسؤولية الإدارية.

ومن ثم، نرى أنه بإمكان الشخص أن يكون متخصصا في مجال القانون التجاري أو القانون العام دون الإحاطة بجميع مواد القانون المدني، غير أن القانوني كيفما كان تخصصه لا يمكنه أن يجهل قانون الالتزامات، وذلك راجع للاعتبارات السالفة الذكر.

من الناحية التطبيقية، فإن نظرية الالتزامات هي تطبيق قانوني للعلاقات الاقتصادية بين الأشخاص، من خلال تبادل الثروات والخدمات التي تعتبر ضرورية لوجودهم؛ لذلك، فإن قواعد الالتزامات تعتبر الأكثر تطبيقا من الناحية العملية.

رابعا: العوامل المؤثرة في تطور قانون الالتزامات

21. بحسب العميد ريبار Ripert فإن قانون الالتزامات تطور تحت تأثير ثلاثة عوامل أساسية، العامل المعنوي (أ)، العامل الاقتصادي (ب) وأخيرا العامل السياسي (ج).

أ: تأثير العامل المعنوي على قانون الالتزامات

22. يذهب الفقه[34] إلى أن تأثير العامل المعنوي على قانون الالتزامات يعتبر سابقا على تدوين القانون المدني الفرنسي. ويظهر لنا هذا التأثير على مختلف مصادر الالتزام؛ ففي العقد مثلا، فإن الالتزام الملقى على عاتق المدين بتنفيذ العقد ما هو إلا تطبيق للالتزام المعنوي القاضي بضرورة احترام عهده أو التعبير الصادر عنه. نفس الشيء فيما يتعلق بعيوب الرضى المتمثلة في الإكراه والتدليس التي تعتبر هي الأخرى بمثابة تفعيل لضرورة توفر قدر من النزاهة في المفاوضات المرتبطة بالعقد. يتضح ذلك أيضا بخصوص ناقص الأهلية، حيث إن إقرار الإبطال لمصلحته يستجيب لضرورة حماية

[34] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:23.

المتعاقد الضعيف في مواجهة الطرف القوي، وهو مطلب معنوي. دون أن ننسى بطلان العقد الذي يكون سببه أو محله غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو الأخلاق.

وإذا ما انتقلنا إلى مجال المسؤولية التقصيرية، نجد أن الالتزام القانوني بتعويض الضرر يعتبر بمثابة تعبير عن الالتزام المعنوي بعدم الإضرار بالغير. ويظهر هذا الترابط بشكل خاص في مجال نظام المسؤولية القائم على أساس الخطأ.

ب: تأثير العامل الاقتصادي على قانون الالتزامات

23. يظهر تأثير العامل الاقتصادي على قانون الالتزامات بشكل واضح على مستوى العقد بوجه خاص[35]؛ على اعتبار أن هذا الأخير يعتبر بمثابة الأداة الأساسية لتأمين تداول الثروة والخدمات بين الأفراد، بل إن دراسة هذه المبادلات يشكل أحد المواضيع الأساسية للاقتصاد السياسي.

إن قانون الالتزامات والعقود المغربي كرس المفهوم الليبرالي للنظام الاقتصادي الذي كان سائدا إبان وضع هذا القانون، أو ما يعبر عنه من الناحية القانونية بالحرية التعاقدية، التي تتمثل في أن الأفراد لهم كامل الحرية في إبرام العقد الذي يرغبون فيه وبالشروط التي تلائمهم. بل إنه عن طريق هذا المبدأ **يمكن تحقيق هدفين** كما أكد على ذلك أنصار الاتجاه الليبرالي، الأول يتمثل في الوصول إلى مصلحة الطرفين عن طريق تبادل الامتيازات بينهم، ومن جهة أخرى، تحقيق النفع العام الذي يتجلى في مجموع المصالح الفردية.

24. غير أننا نرى، بأن هذه الآلية التي عن طريقها يمكن حفظ جميع المصالح **كانت صحيحة بشكل أساسي في الماضي**؛ أما في الوقت الحالي، فإن التحولات التي

[35] EL MOUDDEN Chifae : La publicité entre promotion et protection du marché ; Revue marocaine de droit économique ; N°1 2007 ; P :52.
FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, 13ème édition ; DALLOZ, 2008 ; P :45.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P :27.

شهدتها العلاقات الاقتصادية أفرزت أطرافا اقتصادية متباينة، كما هو الشأن بالنسبة للمهنيين والمستهلكين وأيضا المؤجرين والأجراء. ويترتب عن ذلك، أنه في حالة إذا لم يتدخل المشرع بمقتضى قواعد آمرة وحمائية، فإن الطرف القوي يفرض شروطه على الطرف الضعيف.

ج: تأثير العامل السياسي على قانون الالتزامات

25. يظهر مدى تأثير العامل السياسي في كون الأنظمة الديمقراطية الحديثة حاولت أن تمزج بين **مبدأي الحرية والمساواة**، وإن كان يظهر أنها أعطت الأولوية إلى هذا المبدأ الأخير في السنوات القليلة الماضية، كما يتضح لنا من خلال العديد من القواعد التنظيمية الآمرة، التي فرضت مجموعة من الالتزامات على عاتق الطرف القوي، كما هو الشأن بالنسبة للمالك في مواجهة المكتري، أو رب العمل في مواجهة الأجير.

بل إن درجة تقدم الدول ومدى اعتبارها ديمقراطية أصبح يرتبط بشكل كبير بتبنيها لقوانين تحقق قدرا كبيرا من المساواة بين مواطنيها، خاصة عندما يصل التباين بين هؤلاء إلى درجة يمكن أن تخل بالأمن الاجتماعي[36]. لذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي[37]، إلى أن احترام الحقوق الأساسية للشخص، كالحق في دعوى عادلة والحق في احترام الحياة الخاصة للأسرة وحق احترام الأموال وحرية تأسيس الجمعيات، وذلك كله تحت تأثير القانون الأوروبي والاجتهاد القضائي الأوروبي، أغنت قانون الالتزامات وبالخصوص قانون العقود.

---

[36] عبد الرحمان الشرقاوي: المدخل إلى العلوم القانونية؛ الطبعة الأولى 2016.

[37] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit; P:47.

خامسا: مصادر قانون الالتزامات

26. يمكننا التمييز بخصوص مصادر قانون الالتزامات، بين ما يمكن تسميته بالمصادر التقليدية (أ)، وبين تلك التي ظهرت في العقود الأخيرة، لاسيما تلك المتعلقة بالقانون الاقتصادي، والتي يمكن تسميتها بالمصادر الحديثة (ب).

أ: المصادر التقليدية

27. تتمثل هذه المصادر في ظهير الالتزامات والعقود المغربي الذي يعتبر بمثابة الشريعة العامة، وأيضا في مختلف النصوص الخاصة المتفرقة، إضافة إلى الاجتهاد القضائي.

بالرجوع لمدونة الالتزامات والعقود، نجد المشرع المغربي **قسمها إلى كتابين، خصص الأول** للالتزامات بوجه عام؛ **أما الكتاب الثاني** فقد تناول فيه مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها.

من أجل إعطاء نظرة عامة على مختلف المجالات التي تناولها هذا القانون، نشير بداية إلى محاور الكتاب الأول من هذه المدونة، حيث يشتمل على سبعة أقسام، تتمثل فيما يلي:

الكتاب الأول: في الالتزامات بوجه عام

- القسم الأول: مصادر الالتزامات (الفصول من 1 إلى 106)؛
- القسم الثاني: أوصاف الالتزام (الفصول من 107 إلى 188)؛
- القسم الثالث: انتقال الالتزامات (الفصول من 189 إلى 227)؛
- القسم الرابع: آثار الالتزامات (الفصول من 228 إلى 305)؛
- القسم الخامس: بطلان الالتزامات وإبطالها (الفصول 306 إلى 318)؛
- القسم السادس: انقضاء الالتزامات (الفصول من 319 إلى 398)؛
- القسم السابع: إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها (الفصول من 399 إلى 477).

أما الكتاب الثاني من مدونة الالتزامات والعقود المغربي، فقد تم تقسيمه **إلى اثني عشر قسما**؛ تتمثل فيما يلي:

الكتاب الثاني: في مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها
- القسم الأول: البيع (الفصول من 478 إلى 618 مكرر)؛
- القسم الثاني: في المعاوضة (الفصول من 619 إلى 625)؛
- القسم الثالث: الإجارة (الفصول 626 إلى 780)؛
- القسم الرابع: الوديعة والحراسة (الفصول 781 إلى 828)؛
- القسم الخامس: العارية (الفصول 829 إلى 878)؛
- القسم السادس: الوكالة (الفصول 879 إلى 958)؛
- القسم السابع: الاشتراك (الفصول 959 إلى 1091)؛
- القسم الثامن: عقود الغرر (الفصول 1092 إلى 1097)؛
- القسم التاسع: الصلح (الفصول 1098 إلى 1116)؛
- القسم العاشر: الكفالة (الفصول 1117 إلى 1169)؛
- القسم الحادي عشر: الرهن الحيازي (الفصول 1170 إلى 1240)؛
- القسم الثاني عشر: في مختلف أنواع الدائنين (الفصول 1241 إلى 1250).

28. إضافة إلى مدونة الالتزامات والعقود، **فإن هناك العديد من القوانين الخاصة التي تشكل مصدرا مباشرا لقانون الالتزامات**؛ من هذه النصوص نشير إلى ظهير 2 أكتوبر1984[38] المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببت فيها عربات برية ذات محرك[39]، وأيضا القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني[40]، وعلى سبيل

[38] ظهير شريف رقم 1.84.177؛ الجريدة الرسمية عدد 3753 بتاريخ 03 أكتوبر 1984؛ ص:930.

[39] عبد الرحمان الشرقاوي: القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي؛ مصادر الالتزام، الجزء الثاني: الواقعة القانونية.

[40] ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني. الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 28 نوفمبر 2013.

المثال أيضا نذكر القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي[41].

من بين المصادر التقليدية، التي لا زالت تعتبر مصدرا مهما لقانون الالتزامات في وقتنا الحالي وستبقى كذلك، بل إننا نرى بضرورة تفعيل هذا المصدر بشكل أكبر، لاسيما في المغرب، حتى يمكنه مسايرة التحولات العميقة التي تعرفها نظرية الالتزام بوجه عام؛ ونقصد بهذا المصدر الاجتهاد القضائي.

ب: المصادر الحديثة لقانون الالتزامات

29. ظهرت العديد من المصادر الحديثة لقانون الالتزامات، وذلك تماشيا مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم في العقود الأخيرة[42]؛ ونرى أن أهم هذه المصادر تتمثل في قانون حرية الأسعار والمنافسة[43] الذي اعتمده المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم06.99[44] ثم أعاد تنظيمه بمقتضى القانون رقم 104.12[45]، وأيضا قانون الاستهلاك الذي تبنته العديد من التشريعات منذ أزيد من ثلاثين سنة، ولم يعتمده المشرع المغربي إلا في بداية سنة 2011 بمقتضى القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلكين[46].

فقانون حرية الأسعار والمنافسة ينظم العقود الرابطة بين المهنيين، ويبقى هدفه الأساسي هو السهر على ضمان حرية المنافسة وحرية الأثمنة، وذلك من أجل تحقيق

---

[41] ظهير شريف رقم 1.16.99 صادر في 13 من شوال 1437 (18 يوليوز 2016) بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي. الجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 11 أغسطس 2016.

راجع مؤلفنا قانون العقود الخاصة، الجزء الثاني: العقود الواردة على منفعة الشيء.

[42] FAVEREAU Olivier : Qu'est-ce qu'un contrat ? la difficile réponse de l'économie; Droit et économie des contrats , sous la direction de Christophe Jamin ; L.GD.J. 2009 ; P:21.
BOUTARD LABARD Marie-Chantel:Droit français de la concurrence; L.G.D.J.1994. P:22.

[43]DRISSI ALAMI MACHICHI Mohammed : Concurrence, droit et obligations des entreprises au Maroc ; Eddif/2004.

[44] ظهير شريف رقم 1.00.225 الصادر في 2 ربيع الأول 1421 الموافق 5 يونيو 2000، بتنفيذ القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. الجريدة الرسمية عدد 4810، بتاريخ 3 ربيع الآخر 1412 (الموافق ل 6 يوليوز 2000)، ص:1914.

[45] ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 30 يونيو 2014 بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. الجريدة الرسمية عدد 6276 بتاريخ 24 يوليو 2014.

[46] ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)؛ الجريدة الرسمية، عدد 5932 بتاريخ 7 أبريل 2011؛ ص:1072.

المساواة بين مختلف الفاعلين والمتدخلين في السوق التجارية. بينما يبقى الهدف الأساسي للقانون رقم 31.08، كما يتضح من تسميته، هو وضع العديد من التدابير لحماية المستهلكين بوجه خاص؛ والتي تتمثل حسب ديباجته في تعزيز الحقوق الأساسية للمستهلك، خاصة منها ما يتعلق بالحق في الإعلام والحق في حماية حقوقه الاقتصادية والحق في التمثيلية والحق في التراجع والحق في الاختيار والحق في الإصغاء إليه.

30. خلاصة ما سبق، إن نظرية الالتزامات عرفت تطورا مهما في السنوات، أو بالأحرى، العقود الأخيرة، بفعل التغيرات الاقتصادية التي شهدها العالم، والتي أجبرت الدول على تبني العديد من التشريعات الاقتصادية، كان لها تأثير واضح على هذه النظرية، **سواء على مستوى كل مصدر من مصادرها، كما سنتناولها في جزئين الأول نخصصه للتصرف القانوني وهو موضوع هذا الجزء (الجزء الأول)، والثاني نتناول فيه الواقعة القانونية التي تشتمل على المسؤولية التقصيرية والإثراء بلاسبب (الجزء الثاني)، أو على مستوى أحكامها، التي سنخصص لها الجزء الثالث من سلسلة القانون المدني (الجزء الثالث)، دون أن ننسى إثبات الالتزام (الجزء الرابع).**

بمعنى، أن دراسة القانون المدني في شقه المتعلق بالنظرية العامة للالتزامات، تقتضي منا تناوله في أربعة أجزاء؛ وذلك على الشكل التالي:

- **الجزء الأول: مصادر الالتزام، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)؛**
- **الجزء الثاني: مصادر الالتزام، الواقعة القانونية (المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب)؛**

الجزء الثالث: أحكام الالتزام (أوصاف الالتزام، وانتقال الالتزام، وانقضاء الالتزام)؛

الجزء الرابع: إثبات الالتزام

الكتاب الأول
مصادر الالتزام

31. يقصد بمصادر الالتزام، الأسباب القانونية المباشرة أو الوقائع المولدة للالتزام؛ فمصدر التزام البائع بتسليم الشيء المبيع وضمانه هو عقد البيع، ومصدر التزام الموصي هو إرادته المنفردة ومصدر التزام المسؤول المدني عن تعويض الضرر الذي أحدثه للغير هو العمل غير المشروع أو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية، ومصدر التزام المثري برد ما أثرى به هو العمل النافع أو ما يسمى بالإثراء بلا سبب، وأخيرا فإن مصدر التزام الأب بالنفقة على أبنائه أو الزوج على زوجته هو القانون.

32. إذا كنا قد تناولنا في هذه الأمثلة مختلف مصادر الالتزام، كما استقر عليها الفقه الحديث[47]، فإنه يمكن إرجاعها **إلى مصدرين أساسيين؛ أولهما التصرفات القانونية**، التي تتمثل في إرادة شخص المدين التي تنفرد بإنشاء الالتزام، ويسمى التصرف حينها إرادة منفردة، كما قد يتحقق هذا الالتزام باتفاق مع إرادة طرف ثان أو مجموعة أطراف، ويسمى حينها عقدا؛ وثانيهما **الواقعة غير الإرادية**، التي إما أن تكون فعلا ماديا ضارا، أو ما يسمى بالعمل غير المشروع، وإما أن يكون فعلا نافعا، أو ما يسمى بالإثراء بلا سبب؛ **أو أن يكون نص القانون**، ويسمى مصدر الالتزام القانون.

33. غير أنه قبل أن يستقر هذا التقسيم لمصادر الالتزام إلى تصرف إرادي، أو ما أصبح يعرف بالتصرف القانوني، وواقعة غير إرادية، أو ما نفضل تسميته بالواقعة القانونية، فإن الفقه قد عرف جدلا كبيرا، ابتدأ مع الروماني جايوس، الذي قسم مصادر الالتزام إلى التزامات عقدية والتزامات غير عقدية، وتوسع مع جوستنيان إلى تقسيم رباعي يضم العقد، وشبه العقد، ثم الجريمة وشبه الجريمة، ثم أضاف من بعده مودستان مصدرا خامسا للالتزام هو القانون. وانتقلت خلاصة هذا إلى القانون الفرنسي القديم كما عرضه بوتييه ومنه إلى القانون المدني الفرنسي الحالي[48].

34. وقد تأثر قانون الالتزامات والعقود المغربي إلى حد كبير بمسلك مدونة نابليون، كما يتبين لنا من قراءة الفصل الأول من ق.ل.ع.م. الذي جاء فيه **"تنشأ**

---

[47] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; 3ème édition L.G.D.J. 1993 ; P:1.
FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit ; P:58.
ROUJOU DE BOUEE G. : Essai sur l'acte juridique collectif, thèse/Toulouse ; L.G.D.J. 1961.
[48] ROUJOU De Boubée : Essai sur l'acte juridique collectif ; Thèse- Toulouse ; 1961.

الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود، وعن الجرائم، وعن أشباه الجرائم". كل ما هنالك أن القانون المغربي تميز عن نظيره الفرنسي، **قبل أن يتدخل هذا الأخير بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 كما سنرى فيما بعد،** بإضافته للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، حيث عبر عنها بالتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة، وإن كان يتبين لنا أن القانون الفرنسي تميز هو الآخر عن نظيره المغربي باعتداده بالقانون كمصدر للالتزام، وإن كنا نرى أن القانون يعتبر مصدرا للالتزام دون حاجة إلى النص على ذلك، مادام أن كل التزام ينشئه القانون يوجد به نص تشريعي خاص.

في حين أن التقنينات ذات التوجه الجرماني أو التي تأثرت به كالقانون الألماني والقانون المصري أدرجت مصدري الالتزام **الجريمة وشبه الجريمة** في مصدر واحد هو العمل غير المشروع، **وأسمت شبه العقد بالإثراء بلا سبب.** لكن مع ذلك بقي التقسيم خماسيا، على اعتبار أنها أوردت الإرادة المنفردة، ويعود الفضل في إبراز هذا المصدر في الفقه الغربي إلى الفقيه النمساوي زيجل siegel.

35. يتضح لنا من خلال الرجوع لمختلف التشريعات الحديثة، أنها لم تورد نصا خاصا تتناول فيه مختلف مصادر الالتزام، بل إن ذلك يتبين لنا من خلال التبويب الذي اتخذته هذه التقنينات، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني المصري، حيث اقتصر على عرض مصادر الالتزام المختلفة في فصول متعاقبة، تظهر لنا على أن هذه القوانين ترجع مختلف هذه المصادر إلى خمس، تتجلى فيما يلي:

المصدر الأول: العقد

المصدر الثاني: الإرادة المنفردة

المصدر الثالث: العمل غير المشروع أو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية

المصدر الرابع: الإثراء بلا سبب

المصدر الخامس: القانون

36. إذا كان بعض الفقه المغربي يفضل دراسة مصادر الالتزام بحسب أهميتها العملية[49]، فإننا نرى تغليب الطابع العلمي في تصنيفنا لمختلف هذه المصادر، لكونه يقوم على مؤيدات قانونية في التمييز بين مجموعتين، الأولى تسمى بالمصادر الإرادية أو التصرفات القانونية، في حين تسمى المجموعة الثانية بالمصادر غير الإرادية أو الوقائع القانونية[50]، لكون كل مجموعة تتميز بالعديد من الخصائص المشتركة.

ومن ثم يمكننا أن نميز بصدد هذه المصادر بين نوعين أساسيين، الأول هو مصادر الالتزام ذات الطبيعة الإرادية أو ما يسمى بالتصرفات القانونية **(الجزء الأول)**، أما النوع الثاني فيسمى بالوقائع القانونية التي تتمثل في المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب **(الجزء الثاني)**.

36 مكرر. **تنبغي الإشارة في الأخير، إلى أن هذا التقسيم، الذي سبق لنا أن دافعنا عنه منذ الطبعة الأولى من كتابنا هذا سنة 2012، هو نفسه الذي اعتمده المشرع الفرنسي خلال التعديل الذي أقدم عليه بمقتضى الأمر رقم 2016-131 بتاريخ 10 فبراير 2016؛ حيث أقره في المادة 1100 من القانون المدني الفرنسي كما تم تعديلها بمقتضى هذا الأمر؛ فقد جاء في الفقرة الأولى منها بأن الالتزامات تنشأ عن التصرفات القانونية والوقائع القانونية أو بمقتضى سلطة القانون وحده.**

---

[49] في هذا السياق، يقول الدكتور عبد القادر العرعاري، أن الترتيب السابق –أي العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون–، لن يمنعنا من تسبيق مصدر على آخر لكون أهمية هذه المصادر من الناحية العملية ليست واحدة، فالإرادة المنفردة وإن كانت في الصف الثاني فإنها لن ترقى أبدا إلى مرتبة العمل غير المشروع الذي يعد بحق المصدر الثاني بعد العقد من حيث الأهمية.

عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–مطبعة فضالة/ المحمدية؛ 1995؛ ص:23.

[50] يقصد بالوقائع القانونية، كل حدث أو عمل مادي يرتب عليه القانون آثرا معينا، سواء تمثل هذا الآثر في إنشاء الحق أو نقله أو إنهائه. وهكذا يتبين لنا، أن الذي يميز الواقعة القانونية عن التصرف القانوني **هو عنصر الإرادة**؛ حيث إنه، إذا كانت هذه الأخيرة هي التي تحدث الأثر القانوني في التصرف، فإن الإرادة ليس لها أي دخل في ترتيب الأثر القانوني المتولد عن الواقعة المادية.

عموما، يميز الفقه بين نوعين من الوقائع القانونية، النوع الأول يسمى بالوقائع الطبيعية، بينما يسمى النوع الثاني الأعمال المادية أو الوقائع التي تحدث بفعل الإنسان.

الجزء الأول
التصرف القانوني
L’acte juridique

37. يقصد بالتصرف القانوني **اتجاه الإرادة إلى إحداث آثر قانوني، سواء كان هذا الآثر هو إنشاء حق أو نقله أو إنهاءه**[51]. والتصرف القانوني بوجه عام قد يصدر **بإرادة منفردة أو بإرادتين،** حيث يسمى في الحالة الأولى بالتصرف الصادر من جانب واحد وفي الحالة الثانية بالتصرف الصادر من جانبين. وهو نفسه التحديد الذي ذهب له المشرع الفرنسي بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 1100-1 كما تم اعتمادها بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016[52].

38. **فبالنسبة للتصرف الصادر من جانبين فيتمثل في العقد** الذي يعتبر أهم التصرفات القانونية؛ والمقصود به توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثر قانوني، سواء كان هذا الآثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه.

39. **أما بالنسبة للإرادة المنفردة،** فإن الآثر القانوني يمكن أن يتحقق من مجرد تدخل إرادة الشخص الملتزم وحده، سواء تعلق الأمر بإنشاء الالتزام كما هو الشأن بالنسبة للإيجاب والوعد بجائزة، أو إنهاءه كما هو الشأن بالنسبة للوفاء والإبراء وأيضا التنازل. أي أننا نقصد بالتصرف القانوني مختلف **مصادر الالتزام ذات الطبيعة الإرادية التي تتمثل في العقد والإرادة المنفردة.**

40. يتبين لنا من خلال هذا التمهيد، أن مصادر الالتزام الإرادية تتمثل في اثنين، أولهما العقد **(القسم الأول)**، وثانيهما الإرادة المنفردة **(القسم الثاني)**.

[51] NAMMOUR Fady, CABRILLAC Rémy, CABRILLAC Séverine et LACUYER Hervé : Droit des obligations, droit français-droit libanais parspectives européennes et internationales; L.G.D.J. 1er édition 2006; P:15.

[52] Article 1100-1 « les actes jurdiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets. Ils peuvent etre conventionnels ou unilatéraux ».

القسم الأول

العقد

Le contrat

41. العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثر قانوني، سواء كان هذا الآثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه[53]، وقد كانت تعرفه المادة 1101 مدني فرنسي "بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه"[54]. في حين عرفته نفس المادة بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016، بأنه توافق إرادتين أو أكثر بهدف إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزامات.

من التشريعات المغاربية التي عرفت العقد نذكر القانون المدني الجزائري، الذي جاء في مادته 54 ما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما"[55]. كما عرفه القانون المدني الأردني بمقتضى المادة 87 منه، التي جاء فيها: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

42. من وجهة نظرنا، نرى أن المسلك الذي سار عليه المشرع المغربي يبقى هو النهج الموفق، على اعتبار أن التعاريف هي من اختصاص الفقه كما نؤكد على ذلك باستمرار؛ هذا الأخير قام بعدة محاولات لتعريف هذا المصدر التعاقدي بشكل دقيق، وإن كان هو الآخر لم يتفق في البداية على تعريف واحد.

يرجع هذا الخلاف الفقهي بالأساس، إلى كون الاتفاق في نظر العديد من الفقهاء أوسع من العقد، بالنظر لكون الأول يشمل في معناه القانوني إنشاء الالتزام أو نقله أو إنهاءه، في حين أن العقد يقتصر من الناحية المبدئية على إنشاء الالتزام فقط؛ **لذلك وجدنا بعض الفقه الفرنسي يتجنب استعمال مصطلح الاتفاق عند تعريفه للعقد**، من ذلك ما

---

[53] ATIAS Christian : Qu'est-ce qu'un contrat ? droit et économie des contrats, sous la direction de Christophe Jammin ; L.G.D.J. 2009 ; P :3.

[54] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.Cit ; P :61.
NAMMOUR Fady, CABRILLAC Rémy, CABRILLAC Séverine et LACUYER Hervé : Droit des obligations, droit français-droit libanais parspectives européennes et internationales ; L.G.D.J. 1er édition 2006 ; p:18.

[55] راجع بهذا الخصوص رسالة حصايم سميرة: عقود البوت B.O.T.: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية؛ رسالة ماجستير؛ جامعة مولود معمري/ تيزي وزو؛ الجزائر/ 2011؛ ص:10.

ذهب إليه جاك جيستان الذي اعتبر العقد بمثابة تعهد أو تطابق للإرادات من أجل إنتاج آثار قانونية[56].

إذا كنا نقر بأن الاتفاق قد يتم خارج نطاق الالتزامات القانونية كما هو الشأن بالنسبة لاتفاق مجموعة من الأصدقاء أو مجموعة من الطلبة على تناول وجبة الفطور في مقصف الكلية، فإن معظم الفقه الحديث[57] يقر بكون هذا الاختلاف بين العقد والاتفاق في دائرة المعاملات القانونية يبقى قليل أو عديم الأهمية، نظرا لأن العبرة بمضمون الاتفاق أو العقد؛ ولذلك وجدنا بعض الفقه المغربي[58] يعرف العقد بأنه "اتفاق بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء الالتزام أو نقله أو انهائه أو تعديله".

43. وتحظى **دراسة نظرية العقد بأهمية خاصة**[59]، لكونه من جهة يعتبر المصدر الأساسي للالتزامات إلى جانب المسؤولية التقصيرية، إضافة إلى أن العقد يعتبر الأداة الأساسية في تداول الثروة، فهو الوسيلة الرئيسية لتداول السلع والخدمات بين مختلف الأطراف؛ مما أدى إلى انتشار هذه الأداة بشكل كبير في الحياة اليومية، الأمر الذي ترتب عنه بشكل طبيعي تزايد الحاجة إلى تنظيم مختلف جوانبه تشريعيا من جهة، ومن جهة أخرى انتشار القضايا المعروضة على أنظار المحاكم والمتعلقة بالمشاكل الناتجة عن العقد.

44. من أجل الإحاطة بنظرية العقد، فإننا سنتناولها في أربعة أبواب، نتطرق في الأول لطبيعة العقد (**الباب الأول**)، بينما نقف في الثاني عند تكوينه (**الباب الثاني**)، قبل أن ننتقل لدراسة مختلف آثار العقد (**الباب الثالث**)، أما الباب الأخير فسنقف فيه على مختلف الجزاءات القانونية المترتبة عن الإخلال بالرابطة التعاقدية (**الباب الرابع**).

---

[56] GHESTIN Jacques: Droit civil; la formation du contrat; L.G.D.J. 1993 ; P:9.

[57] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.Cit ; P :62.
GHESTIN Jacques: Droit civil; la formation du contrat; op.cit; P:9.
MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; op.cit ; P :163.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P :49.
TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations ; p:27.

[58] ذهب الدكتور الجليل عبد القادر العرعاري إلى أن هذا التعريف يتميز بالخصائص التالية:
- يستلزم العقد وجود أكثر من إرادة واحدة؛
- اقتصار مفهوم العقد على الاتفاقات التي تهدف إلى إنتاج أثر قانوني؛
- إن التعريف يأخذ بالمفهوم الواسع للعقد؛ أي أنه بخلاف المفهوم التقليدي للعقد الذي يقتصر على مجرد خلق وإنشاء الالتزامات المتبادلة بين الدائن والمدين، فإن من شأن هذا التعريف أن يمدد نطاق العقد إلى حالات الاتفاق من أجل نقل الالتزام أو تعديله أو إنهائه.

عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات؛ الكتاب الأول: نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-؛ ص:27.

[59] عبد الرحمان الشرقاوي: قانون العقود الخاصة؛ الكتاب الأول: العقود الناقلة للملكية، عقد البيع؛ مطبعة الأمنية؛ الطبعة الأولى 2011.

الباب الأول: طبيعة العقد

La nature du contrat

45. أشرنا فيما سلف، إلى أن العقد هو بمثابة تصرف قانوني؛ أي أنه ينبني على تطابق إرادتين أو أكثر من أجل إحداث آثر قانوني معين؛ مما يعني أن الإرادة هي العنصر الأساسي في العقد؛ أو بعبارات أخرى، لا يمكن تصور عقد بدون إرادة. ومن ثم، فإن الإرادة هي أساس العلاقة التعاقدية (الفصل الأول). كما يقتضي منا تحديد طبيعة العقد، أن نقف على مختلف التصنيفات التشريعية والفقهية للعقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الإرادة هي أساس العقد

46. يظهر لنا من خلال مراجعة مختلف الأحكام المتعلقة بالعقد، أن أساس هذا الأخير هو عنصر الإرادة[60]، وإن كان دورها عرف تغيرا مهما، إن على مستوى تكوين العقد أو على مستوى آثاره؛ الأمر الذي يقتضي منا أن نقف على دور الإرادة في العقد (المبحث الأول)، ثم بعد ذلك ننتقل إلى تناول إشكالية التعبير عن هذه الإرادة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: دور الإرادة

47. يذهب الفقه إلى أن العقد مبني على عنصرين أساسيين، الأول هو أنه أداة تقنية من أجل ضمان التبادل الاقتصادي، أما العنصر الثاني، فهو أن العقد عبارة عن تطابق إرادات المتعاقدين. ولعل الملاحظة الأساسية التي تبدو لنا بخصوص هاذين العنصرين، هو أن أهميتهما تختلفان من وقت لآخر ومن مجتمع لآخر.

ذلك أن المجتمعات التي كانت تقيم **وزنا للشكلية في التعاقد**، كانت قوة العقد فيها تنبثق من إنجاز وإتمام هذه الشكليات أكثر من انبثاقها من إرادات الأطراف. **ثم بعد ذلك، أصبحت الإرادة هي أساس قيام العقد** كما أكدت على ذلك العديد من

[60] TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations ; op.cit ; P:101.

التشريعات المدنية التي تأثرت بمدونة نابليون[61] كما هو الشأن بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي. **لا يعني ذلك أن هناك تعارض بين الاثنين في جميع الأزمنة؛** بدليل أنه في السنوات الأخيرة تبين أن هناك تكامل بينهما، حيث إن المشرع كثيرا ما يفرض الشكلية من أجل حماية الرضى الصادر عن أحد أطراف العقد؛ ومن ثم، فإنه في مثل هذه الحالة، فإن الشكلية[62] تساهم في احترام الإرادة.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة

48. تنبغي الإشارة بداية إلى أن مبدأ سلطان الإرادة **قام على مسلمتين أساسيتين؛ الأولى** هي الحرية الاقتصادية، **والثانية** هي المناخ الفلسفي الفرداني[63]. هذا المبدأ يفترض أن المبادلات الاقتصادية تتم عن طريق التقاء الامتيازات المتبادلة التي تعتبر مدخلا لاجتماع إرادات الأطراف المتعاقدة. مما يعني أنه لا يمكن تصور عقد بدون إرادة. عموما، تقتضي منا الإحاطة بهذا المبدأ، أن نقف في البداية على تحديد مفهومه (أولا)، ثم بعد ذلك نتناول مختلف النتائج القانونية المترتبة عن سيادة مبدأ سلطان الإرادة (ثانيا).

أولا: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

49. يعتبر هذا المبدأ وليد الفلسفة الفردية التي ظهرت خلال عصر الأنوار[64]، والتي يترتب عن اعتمادها الإقرار بأن العقد يعتبر بمثابة مصدر للقانون؛ **بمعنى أن الإرادة بمقدورها إقرار القانون الخاص بها.** أو بعبارات أخرى، أن مبدأ سلطان الإرادة يفيد أن بإمكان الأفراد عن طريق التقاء إرادتهم من إقرار قانون خاص بهم.

---

[61] NAMMOUR Fady, CABRILLAC Rémy, CABRILLAC Séverine et LACUYER Hervé : Droit des obligations, droit français-droit libanais parspectives européennes et internationales ; op.cit ; P :21.

[62] في الأنظمة القانونية المعاصرة، فإن الشكلية أصبحت لها غايات متعددة، كما أن عدم احترامها لا ينتج عنه في جميع الحالات بطلان العقد.

[63] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.Cit ; P :75.

[64] RIVIERE P.L. : Réflexions sur l'autonomie de la volonté dans le droit contractuel ; GTM 1947; P:149.

ثانيا: النتائج القانونية المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة

50. يترتب عن مبدأ سلطان الإرادة مجموعة من المبادئ المرتبطة فيما بينها، يمكن اختزالها في ثلاث؛ وهي: الحرية التعاقدية (أ)، والقوة الملزمة للعقد (ب)، ونسبية آثار العقد (ج).

أ: الحرية التعاقدية

51. يفيد هذا المبدأ، أن الفرد حر في أن يتعاقد من عدمه. ولهذا المبدأ بعدين؛ الأول موضوعي، والثاني شكلي[65]؛ **فبخصوص البعد الأول**، فإنه يعبر عنه من خلال ثلاثة خيارات، التعاقد أو عدم التعاقد، اختيار المتعاقد بكامل الحرية، وأخيرا تحديد مضمون العقد. **أما من حيث الشكل**، فإن تبادل الإرادات يكفي لقيام العقد.

ومن ثم، فإن الحرية التعاقدية تفيد أنه لا يمكن إجبار شخص ما على التعاقد؛ أي أنه لا يمكن الحديث عن عقد إذا لم يرغب الأطراف في إبرامه. بعبارات أخرى، فهذا المبدأ يستشف منه أنه كما يمكن للشخص إبرام عقد ما فإنه بنفس القدر يمكنه رفض إبرامه[66].

52. من جهة أخرى، فإن مبدأ الحرية التعاقدية يترتب عنه **ضرورة احترام القاضي لإرادة الأطراف**؛ ويظهر ذلك من خلال مؤسسة تفسير العقد، حيث ينبغي على القاضي البحث عن إرادات الأطراف، ومن ثم يمنع عليه تفسير الشروط الواضحة تحت طائلة تعرض حكمه للنقض بسبب تحريف العقد كما يتضح لنا في الفصل 462 وما بعده من ق.ل.ع. **كما يبرز ذلك من خلال نظرية الظروف الطارئة**، حيث إنه بالاعتماد على مبدأ الحرية التعاقدية فإن القاضي يمنع عليه الأخذ بهذه النظرية من أجل تعديل العقد في حالة حدوث ظروف اقتصادية صعبة وغير متوقعة، لأن الأخذ بها يؤدي إلى تحريف العقد إضافة إلى أن فيه خروج عن إرادات الأطراف[67].

---

[65] Terré François et Simler Philippe et Lequette Yves : Droit civil, les obligations ; Dalloz 9ème édition 2005 ; P:32.

[66] DRUFFUN-BRICCA Sophie et HENRY Laurence-Caroline : Droit des obligations ; GUALINO EDITEUR, Paris/2007 ; P :215.

[67] عبد المجيد غميجة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي؛ مجلة القانون المغربية؛ 2009؛ ص:3.

ب: القوة الملزمة للعقد

53. يقصد بالقوة الملزمة للعقد[68]، أن كل فرد قرر أن يتعاقد، يصبح ملزما باحترام التزاماته الناتجة عن هذا العقد؛ أي أن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافه[69]؛ وقد أشارت مختلف التشريعات المدنية لهذه القاعدة، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 230 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه ما يلي: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

ج: نسبية آثار العقد

54. يقصد بمبدأ نسبية آثار العقد، أن أفراد العقد هم فقط من يتوجب عليهم احترام بنوده[70]. مما يعني، أن مبدأ النسبية هذا يستفاد منه أنه لا يرتبط بالعقد إلا أطرافه، كما لا يمكن أن يستفيد أو يتضرر منه الغير. وقد نصت على هذا المبدأ العديد من القوانين المدنية، منها التشريع المغربي، الذي أكد عليه في الفصل 228 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه ما يلي: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون".

المطلب الثاني: تأثر مبدأ سلطان الإرادة بالقانون الحديث للعقود

55. يظهر تأثر مبدأ سلطان الإرادة بالقانون الحديث للعقود، سواء على مستوى الحرية التعاقدية (أولا)، أو على مستوى القوة الملزمة للعقد (ثانيا)؛ كما أن تبني أغلبية الدول لقوانين الاستهلاك كان لها تأثير بالغ على مبدأ سلطان الإرادة (ثالثا).

---

[68] ATIAS Christian : Qu'est-ce qu'un contrat ? droit et économie des contrats, sous la direction de Christophe Jammin ; L.G.D.J. 2009 ; P :7.
[69] CHAZAL : De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du code civil ; R.T.D. civ ; 2001 ; 266.
[70] FLOUR Y. : L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé, Thèse, Paris II, 1977. GOUTAL : Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat ; L.G.D.J. 1981.

أولا: حدود الحرية التعاقدية

56. أدى تدخل المشرع في العديد من المرات إلى التضييق من سيادة مبدأ الحرية التعاقدية، حيث لم يبقى محتفظا بتلك الصرامة التي أعطيت له في البداية؛ **فالمصلحة العامة** اقتضت في الكثير من الأحيان إجبار الشخص على إبرام عقد معين، كما هو الشأن بالنسبة لمجال التأمين الإجباري على السيارات، الذي أكدت عليه المادة 120 من مدونة التأمينات المغربية[71].

57. إضافة لذلك، فإن مفهوم النظام العام عرف تطورا مهما[72] مع ما نتج عن ذلك من تضييق في مفهوم الحرية التعاقدية، ففي المفهوم التقليدي كان لمفهوم النظام العام نطاق سلبي[73]، حيث إن المشرع كان يكتفي بمنع بعض العقود أو مجموعة من الشروط، **بينما أصبح للنظام العام مفهوم إيجابي**، حيث بدأ المشرع يتدخل في فرض بعض الشروط المحددة لمضمون العقد[74].

ثانيا: حدود القوة الملزمة للعقد

58. نشير هنا باختصار إلى أن مفهوم القوة الملزمة للعقد قد تأثر بشكل مهم بفعل العديد من التعديلات التي أدخلت على النصوص القانونية التي كانت مطبقة على هذه القاعدة إبان وضع قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ نشير في هذا المقام فقط **إلى إمكانية منح مهلة الميسرة**، وأيضا **إمكانية تعديل الشرط الجزائي**، إضافة إلى تبني بعض التشريعات **لنظرية الظروف الطارئة** التي تسمح بتعديل العقد[75].

---

[71] ظهير شريف رقم 1.02.238 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات (الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 الموافق ل 7 نوفمبر 2002، ص:3105).

نصت المادة 120 من هذا القانون على ما يلي: "يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تثار مسؤوليته المدنية بسبب الأضرار البدنية أو المادية اللاحقة بالأغيار والتي تسببت فيها عربة برية ذات محرك غير مرتبطة بسكة حديدية أو بواسطة مقطوراتها أو شبه مقطوراتها، أن يغطي هذه المسؤولية بعقد تأمين مبرم مع مقاولة للتأمين وإعادة التأمين.

يمكن لكل شخص خاضع لإجبارية التأمين المذكورة قوبل تأمينه بالرفض من طرف مقاولة للتأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات التأمين ضد أخطار العربات ذات محرك أن يعرض الأمر على الإدارة التي تحدد مبلغ القسط التي تلزم بمقابله مقاولة التأمين وإعادة التأمين بضمان الخطر المقترح عليها".

[72] DRISSI ALAMI MACHICHI Mohammed : Ordre public et droit pénal ; RMDED, N°29; n°Spécial, 1993, P:19.

DRISSI ALAMI MACHICHI Mohammed : Droit commercial fondamental ; 2006 ; P:207.
SAVATIER J. : L'ordre public économique ; Dalloz ; 1965. Chronique 37.

[73] DECROUX P. : L'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain ; Paris ; 1953.

[74] YVAINER : De l'ordre public à l'ordre public économique ; J.C.P. 1992 ; I, 2495.

[75] EL GAMMAL M. : L'adaptation du contrat aux circonstances économiques ; Thèse/ paris ; 1967.

=

ثالثا: تأثير قانون الاستهلاك على مبدأ سلطان الإرادة

59. لقد كان هاجس حماية المستهلك، العامل الأساسي الذي دفع أغلب دول العالم إلى تبني قوانين جديدة[76]، شكلت ثورة حقيقية على العديد من المفاهيم التي كانت سائدة إبان وضع قانون الالتزامات والعقود المغربي، ومن قبله مدونة نابليون[77]؛ وفي مقدمة هذه المفاهيم مبدأ سلطان الإرادة.

ذلك أنه بالرجوع للعديد من المقتضيات التي جاءت بها هذه القوانين نجد أنها أثرت على هذا المبدأ **سواء في مرحلة تكوين العقد** من خلال فرضها لمجموعة من الالتزامات على المهني، كالالتزام بالإعلام ومنح مهلة للتفكير ومهلة للرجوع، أو **في مرحلة تنفيذ العقد،** كما هو الشأن بالنسبة لإلغاء الشروط التعسفية وتفسير الشك لمصلحة المستهلك. عموما، فإننا سنتطرق لمختلف هذه التطورات التي طرأت على هذا المبدأ بمناسبة تناول كل عنصر من هذه العناصر طوال هذا البحث.

المبحث الثاني: التعبير عن الإرادة

60. عند التطرق للتعبير عن الإرادة، نرى أن هناك ثلاثة أسئلة ينبغي الوقوف عندها، **يتعلق السؤال الأول بضرورة تحديد المقصود بالإرادة التي يعتد بها من أجل إلزام المتعاقدين**. حقيقة إن العقد هو عبارة عن توافق إرادتين أو مجموعة من الإرادات، كما أن كل طرف يتعرف على إرادة الطرف الآخر من خلال التعبير الخارجي عن هذه الإرادة. غير أن هذا التعبير الخارجي للإرادة لا يعبر دائما عن الإرادة الحقيقية. الأمر الذي يجعل التساؤل السابق في غاية الأهمية، أي هل يكفي الوقوف على الإرادة الخارجية، أي تلك المعبر عنها؟ أم يقتضي الأمر البحث عن الإرادة الحقيقية التي لم يعبر عنها خارجيا والتي يقصدها المتعاقد؟ (المطلب الأول).

VOIRIN : De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse/ Nancy ; 1922.

[76] DRISSI ALAMI MACHICHI Mohammed : Concurrence, droit et obligations des entreprises au Maroc ; Eddif/2004 ;P :45.

[77] FAVEREAU Olivier : Qu'est-ce qu'un contrat ? la difficile réponse de l'économie ; Droit et économie des contrats , sous la direction de Christophe Jamin ; L.GD.J. 2009 ; P :21.
GRIMONPREZ Benoit : De l'exigibilité en droit des contrats ; Thèse de doctorat ; POITIERS ; L.G.D.J. 2006 ; P:265.

61. **أما التساؤل الثاني**، فهو الآخر لا يقل أهمية، ذلك أن الإرادة المعبر عنها من قبل المتعاقد قد تكون لحساب شخص آخر، كما هو الشأن بالنسبة للنيابة الاتفاقية أو ما يعبر عنها بالوكالة؛ حيث إن الوكيل بالرغم من أنه يتعاقد باسمه الخاص، غير أن آثار العقد المبرم تنصرف إلى الموكل؛ الأمر الذي يتطلب منا الوقوف عند هذه المؤسسة في مطلب مستقل (المطلب الثاني). وأخيرا، فإنه ينبغي معرفة مصير الاتفاقات السرية المعارضة التي يخفيها الأطراف لأسباب مختلفة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنية

62. مادام أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر، فإنه يفترض لزاما التعبير عنها بشكل متبادل؛ حيث لا يمكن تصور توافق معترف به إلا بخصوص إرادات معبر عنها. كما أن هذا التعبير يعتبر ضروريا **للتمييز بين مجرد النية** التي ليس لها أي أثر قانوني **والإرادة الملزمة** التي يعترف لها القانون بمجموعة من الآثار، مادام أن المبدأ هو أن الإرادة الإيجابية المعبر عنها هي التي يمكنها إنشاء العقد دون الإرادة السلبية، أي التي بقيت عبارة عن نية كامنة في نفس الشخص.

63. غير أن الإرادة المعبر عنها **قد تكون متعارضة مع الإرادة الباطنية** بسبب غموض في التعبير أو نتيجة خطأ وقع أثناء التعبير عن هذه الإرادة؛ مما تثار معه إشكالية البحث عن الإرادة التي ينبغي الاعتداد بها، هل يؤخذ بالإرادة الظاهرة أو المعلنة أم بالإرادة الباطنية أو الكامنة، أي الإرادة الحقيقية؟

بصدد الإجابة عن هذه الإشكالية، **برزت مدرستان**[78]، الأولى هي المدرسة الفرنسية التي اعتدت بالإرادة الباطنية (أولا)، أما الثانية، فهي المدرسة الجرمانية أو الألمانية التي أخذت بالإرادة الظاهرة (ثانيا)؛ في ظل هذا التباين بين هاتين المدرستين يبقى علينا أن نتساءل عن موقف القانون المغربي من هذه الإشكالية (ثالثا).

[78] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; 3ème édition L.G.D.J. 1993. P:345.
LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat; op.cit; P:135.

أولا: نظرية الإرادة الباطنية أو الكامنة

64. يقصد بهذه النظرية التي أخذ بها المشرع الفرنسي[79]، أن الذي ينبغي الاعتداد به هو **الإرادة الحقيقية**، على اعتبار أنها هي وحدها التي يقوم عليها العقد، **أما الإعلان أو التعبير عنها فهو مجرد قرينة** ودليل للكشف عما تنطوي عليه إرادة المتعاقد الحقيقية، غير أن هذا الدليل أو هذه القرينة **قابلة لإثبات العكس**. ومن ثم، فإذا تبين أن التعبير غير مطابق للإرادة، فإنه لا يعتد بالتعبير وإنما يجب الأخذ بحقيقة الإرادة، حتى ولو ترتب عن ذلك عدم قيام العقد. والسبب في ذلك هو أن الإرادة الحقيقية هي التي اتجهت إلى إحداث الآثر القانوني لا التعبير الصادر عن صاحب هذه الإرادة.

ثانيا: نظرية الإرادة الظاهرة

65. ظهرت هذه النظرية في منتصف القرن التاسع عشر من قبل الفقهاء الألمان[80]، كما أخذ بها القانون المدني الألماني؛ وبخلاف نظرية الإرادة الحقيقية، **فإن نظرية الإرادة الظاهرة تقف عند المظهر الخارجي الاجتماعي للإرادة**، على اعتبار أن القانون إنما **يعتد بالظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية**؛ ولعل السبب الأساسي في الأخذ بهذه النظرية **هو الرغبة في ضمان استقرار المعاملات** وسلامتها أو ما يسمى بضرورة حماية الأمن القانوني واستقرار المعاملات.

بحسب أنصار هذه النظرية، فإن الإرادة الخفية والكامنة، أي تلك التي لا تظهر إلى العالم الخارجي الاجتماعي المحسوس، لايمكن بأي حال الاعتداد بها في المجال القانوني وداخل نطاق العلاقات الاجتماعية، وذلك لسبب بسيط، هو أن هذه الإرادة الكامنة **تبقى ظاهرة نفسية**، بينما يعتبر القانون بمثابة ظاهرة اجتماعية.

[79] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; op.Cit ; P:347.
LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P:135.
[80] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; op.Cit ; P :345.

ثالثا: موقف القانون المغربي

66. بالرجوع لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود، نجد المشرع المغربي **اتخذ موقفا وسطا** بين النظريتين الألمانية واللاتينية الفرنسية؛ حيث إنه بالرجوع للفصلين 21 و 461 من ظ.ل.ع. يظهر لنا أن المشرع المغربي قد تأثر إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة، في حين أن مراجعة الفصلين 22 و462 من ق.ل.ع. تكشف لنا عدم إغفال المشرع المغربي لنظرية الإرادة الباطنية أو الحقيقية.

النصوص القانونية التي تأثر فيها ق.ل.ع. بنظرية الإرادة الظاهرة	**النصوص القانونية التي تأثر فيها ق.ل.ع. بنظرية الإرادة الباطنية**
نص الفصل 21 على ما يلي: "التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفادة من ظاهر اللفظ". نص الفصل 461 على ما يلي: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة، **امتنع البحث عن قصد صاحبها**".	-نص الفصل 22 من ق.ل.ع. على ما يلي: "الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها آثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها، ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل". - نص الفصل 462على ما يلي: "يكون التأويل في الحالات الآتية: 1. إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتي التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد. 2. إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها. 3. إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود. وعندما يكون للتأويل موجب، **يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ**، ولا عند تركيب الجمل.

المطلب الثاني: النيابة الاتفاقية

67. تنبغي الإشارة إلى أن مصطلح النيابة قد ينصرف إلى النيابة القانونية المنظمة بمقتضى مدونة الأسرة، كما يقصد به النيابة الاتفاقية، أي الوكالة، التي نظمها المشرع المغربي بمقتضى قانون الالتزامات والعقود المغربي[81]، ثم جاءت مدونة التجارة فوضعت العديد من المقتضيات الخاصة بالوكالة التجارية. وما يهمنا نحن في هذا المطلب هي **النيابة الاتفاقية أو الوكالة** دون النيابة القانونية.

68. يقصد بالوكالة **حلول إرادة الوكيل محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني، تنسحب آثاره إلى شخص الأصيل** أو الموكل لا إلى الوكيل[82]. وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه الفرنسي[83]، إلى أن الوكالة هي آلية بمقتضاها يتم إبرام عقد من قبل شخص آخر، غير ذلك الذي سيستفيد من آثاره أو الذي سيتحمل الالتزامات التي يتضمنها هذا العقد، ولكن لحساب هذا الأخير. أي أن الوكالة تفترض وجود شخص يسمى الموكل الذي سيستفيد من آثار هذا العقد أو يتحمل الالتزامات التي يتضمنها. كما تفترض وجود شخص يسمى الوكيل الذي يتصرف باسمه لحساب الموكل.

69. وتقوم الوكالة **بدور مهم في الحياة المدنية والتجارية على السواء**، ذلك أنه عن طريق هذه الآلية يتمكن كثير من الأشخاص غير القادرين على إبرام التصرفات القانونية، كما لو كان الشخص غير مختص في النشاط المزمع التعاقد بشأنه، من قضاء مصالحهم، إضافة إلى أنه عن طريق الوكالة يمكن تجاوز سلبيات الانتقال من مكان إلى آخر.

70. تقتضي منا الإحاطة بموضوع النيابة الاتفاقية، أن نقف عند مختلف الشروط اللازمة لصحة الوكالة في التعاقد (الفقرة الأولى)، قبل أن نتناول مختلف الآثار المترتبة عنها (الفقرة الثانية).

---

[81] محمد أوغريس: التعاقد بطريق النيابة في ضوء التشريع المدني المغربي؛ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا؛ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة الحسن الثاني/ الدار البيضاء؛ 1980.

[82] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:143.

[83] LARROUMET Christian : Droit civil ; les obligations, le contrat ; Op.cit ; P:135.

الفقرة الأولى: شروط وجود الوكالة

71. يتطلب وجود الوكالة، أو قيامها صحيحة، مجموعة من الشروط، تتمثل في ضرورة إحلال إرادة الوكيل محل إرادة الأصيل (أولا)، كما يجب أن يكون التعاقد باسم الأصيل ولحسابه (ثانيا)، إضافة إلى التزام أو تقيد الوكيل بتعليمات الأصيل (ثالثا).

أولا: إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل

72. يجمع الفقه على أن هذا الشرط هو الذي يميز الوكيل عن الوسيط[84]؛ ذلك أن هذا الأخير يقتصر دوره على نقل إرادة الأصيل أو الموجب، ومن ثم فإن التعاقد عن طريق رسول إنما هو تعاقد بين غائبين كما سنرى فيما بعد؛ في حين أن التعاقد عن طريق الوكيل قد يكون بين حاضرين إذا أبرم العقد بين هذا الأخير والطرف الآخر في مجلس واحد، كما قد يكون بين غائبين، وإن كان هذا قليل الوقوع وإلا انتفت الغاية من التعاقد بالنيابة، مادام أن الوكيل يعبر عن إرادته هو لا إرادة الأصيل كما هو الشأن بالنسبة للرسول[85].

73. وما دام أن آثار التصرف القانوني تنسحب إلى الموكل، **فإن هذا الأخير هو الذي ينبغي أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة**، في حين أن الوكيل لا تشترط فيه التشريعات أن يتوفر على مثل هذه الأهلية[86]، أي أنها تكتفي بأن يكون مميزا بالرغم من أنه طرف أساسي في العقد، ويتضح لنا هذا المقتضى بالنسبة للقانون المغربي من خلال الفصل 880 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "يلزم لصحة الوكالة، أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها. ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز وبقواه العقلية، ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه. فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه".

---

[84] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:144.
[85] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P:135.
[85] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; op.Cit ; P:345.
[85] محمد أوغريس: التعاقد بطريق النيابة في ضوء التشريع المدني المغربي؛ مرجع سابق؛ ص:67.
[86] بخلاف الوضع بالنسبة للنيابة الاتفاقية، فإنه في مجال النيابة القانونية فإنه يتطلب في النائب أن يكون كامل الأهلية، على اعتبار أن الأشخاص المنوب عنهم إما قاصرين أو محجورين، وهذا ما أكدت عليه مثلا المادة 246 من مدونة الأسرة المغربية بالنسبة للوصي والمقدم، التي جاء فيها "يشترط في كل من الوصي والمقدم: أن يكون ذا أهلية كاملة حازما ضابطا أمينا".

ثانيا: يجب أن يكون التعاقد باسم الأصيل ولحسابه

74. يقصد بهذا الشرط، أنه ينبغي على الوكيل **أن يبين منذ البداية هويته القانونية باعتباره وكيلا**[87]. ويذهب جمهور الفقه إلى أن العلم بوجود الوكالة قد يكون حقيقيا أو حكميا؛ وإذا كانت الصورة الأولى واضحة، حيث تتم بإعلان الوكيل لصفته هذه بشكل صريح، فإن العلم الحكمي يحصل إذا كانت الظروف تفترض علم الغير المتعاقد مع الوكيل بوجود الوكالة بالرغم من عدم إعلان هذا الأخير عنها بشكل صريح.

75. في جميع الأحوال، فإن الغير إذا لم يحصل علمه بكون التعاقد يتم باسم الأصيل ولحسابه، فإن آثار العقد تنصرف إلى الوكيل لا إلى الأصيل، ومن ثم فإن آثار النيابة تبقى منحصرة في العلاقة بين الوكيل والموكل، مادام أن الغير لا تربطه أي علاقة بالموكل.

ثالثا: تقيد الوكيل بتعليمات الأصيل

76. يقصد بهذا الشرط، أنه يتوجب على الوكيل التزام حدود النيابة كما أكد على ذلك الفصل 895 من ق.ل.ع[88]؛ ومن ثم، فإذا خرج الوكيل عن الحدود المرسومة لنيابته فإن العقد لا يعتبر قد انعقد بطريق الوكالة، مما يعني أن آثار هذا العقد لا تنصرف إلى الأصيل، أي الموكل، ما لم يكن هذا التجاوز يدخل ضمن الحالات المنصوص عليها بمقتضى القانون، كما يتضح لنا من مقتضيات الفصل 927 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "لا يلتزم الموكل بما يجريه الوكيل خارج حدود وكالته أو متجاوزا إياها، إلا في الحالات الآتية:

1. إذا أقره ولو دلالة؛
2. إذا استفاد منه؛
3. إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل؛
4. وحتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقصى مما تضمنته تعليمات الموكل مادام الفرق يسيرا، أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد".

---

[87] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:146.

[88] نص هذا الفصل، أي الفصل 895، على ما يلي: "على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها. فلا يجوز أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة".

الفقرة الثانية: أحكام الوكالة

77. يترتب عن التعاقد بطريق النيابة مجموعة من الآثار القانونية بالنسبة للأصيل، وأيضا بالنسبة للوكيل، وأخيرا بالنسبة للغير الذي تعاقد معه الوكيل. ونرى أن هذه الآثار تظهر من خلال ثلاثة أنواع من العلاقات، الأولى تربط بين الوكيل والأصيل (أولا)، بينما تربط الثانية بين الوكيل والغير الذي تعاقد معه (ثانيا)، وأخيرا العلاقة بين الأصيل والغير الذي تعاقد معه الوكيل (ثالثا).

أولا: العلاقة بين الوكيل والأصيل

78. تخضع العلاقة بين الوكيل والأصيل، أي الموكل، **لعقد الوكالة نفسه**؛ فهذا العقد هو الذي يبين مدى التزامات الوكيل وحقوقه تجاه الأصيل[89]. وقد أثير تساؤل مهم، يتعلق بطبيعة التزام الوكيل، حيث ذهب جمهور الفقه إلى **أنه التزام ببذل عناية لا** التزام بتحقيق نتيجة، وإن كانوا قد ميزوا بين ما إذا كانت الوكالة بأجر أو بدونه، حيث في الحالة الأولى ينبغي على الوكيل أن يبذل عناية الشخص المعتاد، في حين أن الوكالة إذا كانت بدون أجر، فإن الوكيل يجب عليه أن يبذل فقط العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، ما لم يكن شديد الحرص في شؤونه الخاصة، حيث في هذه الحالة يذهب جمهور الفقه، أنه ما دامت الوكالة بدون أجر، فإنه يكفي أن يبذل الشخص الحريص جدا في شؤونه العادية عناية الشخص المعتاد في إنجاز الوكالة.

79. من جهة أخرى، **فإنه في حالة وفاة الأصيل**، يبقى للورثة وحدهم الحق في إثارة استمرار الوكيل في أداء المهام الموكولة إليه من قبل المورث، مادام أن وفاة الموكل يترتب عنها انقضاء وكالة الوكيل كما يتضح لنا من خلال الفصل 938 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "موت الموكل أو حدوث تغيير في حالته ينهي وكالة الوكيل الأصلي ووكالة نائبه. ولا يسري هذا الحكم: 1. إذا كانت الوكالة قد أعطيت في مصلحة الوكيل أو في مصلحة الغير؛

2. إذا كان محلها إجراء عمل بعد وفاة الموكل، على نحو يكون الوكيل معه في مركز منفذ الوصايا".

---

[89] عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والمصري/ دار النهضة العربية-بيروت/ 1974؛ ص:182.
عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة؛ طبعة 1984؛ ص:228.
ياسين الجبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول: انعقاد العقد؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان،2005؛ص:273.

80. غير أنه قد يحصل أن يبرم الوكيل بعض التصرفات باسم الموكل خلال الفترة التي يجهل فيها موته أو غيره من الأسباب التي يترتب عليها انقضاء الوكالة، **فإن المشرع رتب عن هذا الجهل صحة مثل هذه التصرفات التي تتم في هذه المرحلة** بمقتضى الفصل 939 من ق.ل.ع. شريطة أن يكون من تعاقد مع الوكيل يجهل هو الآخر هذه الواقعة.

ثانيا: العلاقة بين الوكيل والغير الذي تعاقد معه

81. لقد أكدنا على أن من أهم خصائص الوكالة، كون الوكيل إنما يتعاقد باسم ولحساب الموكل، **أي أن آثار العقد تنصرف مباشرة إلى الأصيل**؛ في حين أن الوكيل لا يكتسب أي حق من العقد الذي أبرمه مع الغير، كما أنه لا يترتب بذمته أي التزام مادام أنه تعاقد باسم الأصيل ولم يتجاوز التعليمات التي أعطاها له هذا الأخير، كما يتضح لنا من الفصل 925 من ق.ل.ع. الذي نص على ما يلي: "التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل وفي حدود وكالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه، كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه".

ثالثا: العلاقة بين الأصيل والغير الذي تعاقد معه الوكيل

82. إن هذه العلاقة هي محور الوكالة، على اعتبار أن الآثر الذي يترتب عن هذه الأخيرة يظهر بشكل جلي وواضح في العلاقة بين الأصيل والغير الذي تعاقد معه الوكيل؛ ذلك أن العقد المبرم بين الوكيل والغير **ينشئ في ذمة هذا الأخير والأصيل مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما**[90]؛ مما يترتب عن ذلك، أنه يمكن لكل منهما أن يطالب الآخر بتنفيذ التزاماته دون تدخل الوكيل أو دون حاجة إلى إدخاله في المطالبة. ويمكن أن نستشف هذه الأحكام في القانون المغربي من خلال مقتضيات الفصل 921 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "الوكيل الذي يتعاقد بصفته وكيلا وفي حدود وكالته لا يتحمل شخصيا بأي التزام تجاه من يتعاقد معهم. ولا يسوغ لهؤلاء الرجوع إلا على الموكل".

[90] عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة؛ طبعة 1984؛ ص:236.
عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–؛ مرجع سابق؛ ص:85.
عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، مرجع سابق؛ ص:183.
ياسين الجبوري: المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول: انعقاد العقد؛ مرجع سابق؛ ص:282.

المطلب الثالث: نظرية الصورية

83. يكون هناك مجال للصورية في **كل حالة يقوم فيها الأطراف بإخفاء إرادتهم الحقيقية وراء إرادة ظاهرة**[91]. ذلك أنه في مقابل إبرام عقد ظاهر، فإنهم يقومون بإلغائه أو تعديله من خلال اتفاق آخر، مواز للأول زمنيا، وموجه لأن يبقى سريا؛ حيث إن العقد الصوري، أي الظاهر، يواجه العقد الخفي أو السري.

84. بحسب الفقيه الفرنسي مالوري[92]، فإن الأطراف ينشؤون بشكل إرادي اتفاقا ظاهرا، هذا الأخير يكون مختلفا تماما عن الاتفاق الحقيقي، الذي يبقى خفيا. **بمعنى أن هناك عقدا مزدوجا، الأول** يسمى بالتصرف الظاهر الهادف إلى إظهاره للغير، والذي يسمى أيضا بالتصرف الصوري، **والآخر** هو بمثابة تصرف خفي، الذي يشكل الحقيقة الرابطة بين طرفيه.

85. وقد نص القانون المغربي على هذه النظرية بمقتضى الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، الذي جاء فيه: "الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها آثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل". بمعنى أنه ينبغي التمييز بخصوص الأحكام التي تسري على الصورية بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالمتعاقدين (أولا)، أو بالغير (ثانيا).

أولا: أحكام الصورية بالنسبة لأطراف العقد

86. وضعت أغلب التشريعات قاعدة خاصة بالصورية، **مفادها أن العقد السري هو الذي يعتد به بالنسبة لأطراف العقد دون العقد الظاهر،** كما يظهر لنا من أحكام الفصل 22 من ق.ل.ع. السالف الذكر، المطابق للفصل 1321 من القانون المدني الفرنسي، حيث جاء في هذا الأخير بأن الاتفاقات السرية لا يمكن أن تنتج آثارها إلا بين الأطراف المتعاقدة[93]. ففي عقد الهبة الخفية في صورة عقد بيع، فإن المسمى بائعا، وهو في الحقيقة يعتبر واهبا، لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن من قبل الشخص الموهوب له، المسمى في العقد الظاهر مشتريا.

---

[91] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique; P:345.

[92] MALAURIE Ph. Et AYNES L.: Droit civil, les obligations ; op.cit; P:344.

[93] Cet article stipule que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ».

غير أن ذلك لا يعني أن الاتفاق السري يحتج به في جميع الأحوال على أطراف العقد، وإنما فقط في الحالات التي يكون فيها العقد السالف الذكر مستجمعا لمختلف الشروط والعناصر المتطلبة في كل تصرف قانوني. بمعنى آخر، أنه لا يمكن السماح بالقيام، بشكل خفي، بما لا يمكن السماح به علانية.

87. تبقى الإشارة، إلى أن هذا المبدأ ترد عليه مجموعة من الاستثناءات، التي تقضي بأن الاتفاق يكون صحيحا إذا كان ظاهرا، بينما يكون باطلا إذا كان خفيا؛ بمعنى، أنه خلافا للقاعدة العامة، فإن الصورية في حد ذاتها تصبح سببا للبطلان، وإن كانت حالات ذلك قليلة. كما هو الشأن بالنسبة للمادة 1321 من القانون المدني الفرنسي.

من حالات بطلان العقود الصورية في القانون المغربي، نشير إلى ما نصت عليه المادة 142 من المدونة العامة للضرائب، التي جاء فيها ما يلي: "يعتبر باطلا وعديم الآثر كل عقد صوري، وكل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقار أو أصل تجاري أو تخل عن زبناء، أو إخفاء كل أو جزء من ثمن التخلي عن حق في الإيجار أو وعد بإيجار عقار أو جزء منه، أو مدرك في معاوضة أو قسمة واقعة على أموال عقارية، أو أصل تجاري أو زبناء. ولا يحول البطلان الواقع دون استخلاص الضريبة الواجب أداؤها إلى الخزينة إلا إذا حكم بها قضائيا".

ثانيا: أحكام الصورية بالنسبة للغير

88. حسب مقتضيات الفصل 22 من ق.ل.ع. المقابل للمادة 1321 من القانون المدني الفرنسي التي أصبحت هي المادة 1201 بمقتضى تعديل 10 فبراير 2016، فإن الغير، بما فيهم الخلف الخاص، لهم الخيار[94] بين تغليب العقد الظاهر إذا كانوا يجهلون الاتفاق السري[95]، أو تغليب هذا الأخير، ومن ثم يحق لهم التمسك بدعوى الصورية، حيث يمكنهم إثبات أن التصرف الظاهر هو صوري فقط وليس له طابع الجدية.

[94] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit ; P:350.

[95] ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى اعتبار الخلف الخاص يجهل الاتفاق السري إذا كان حسن النية. أشار إليه:
MALAURIE Ph. Et AYNES L.: Droit civil, les obligations, Edition CUJAS 1994/1995; P:348.

الفصل الثاني: تصنيف العقود

89. ارتأينا تخصيص فصل مستقل وتمهيدي لتصنيف العقود، إيمانا منا بالنتائج والمنافع العلمية التي يمكن للطالب أولا وللقارئ ثانيا من معرفتها عن دراسة مختلف تصنيفات العقود والأحكام القانونية التي تطبق على كل صنف، لاسيما في ظل التحولات والتغيرات التي عرفتها العديد من العقود إن على مستوى الصياغة والتكوين أو على مستوى التنفيذ والآثار.

90. وكما سنرى، فإن هذه المتغيرات التي فرضتها بالأساس العديد من العوامل، لعل أهمها تأثر القاعدة القانونية بالمتغيرات الاقتصادية المصاحبة للعولمة، وما صاحب ذلك من تحول في مفهوم الرضائية، الأمر الذي يفرض علينا التمييز بين العقود الرضائية والعقود الشكلية والعينية، قبل أن ننتقل لدراسة التمييز بين العقود الاختيارية وعقود الإذعان، وأيضا يقتضي منا التحول الذي طرأ على التوازن بين المهنيين والمستهلكين دراسة التمييز بين العقود المهنية وعقود الاستهلاك؛ وكل ذلك يدخل في إطار تصنيف العقود القائم على أساس مرحلة تكوين العقد بوجه عام (**المبحث الأول**).

من جهة أخرى، فإننا سنقف على تصنيف العقود المبني على طبيعتها (**المبحث الثاني**)، وأيضا ذلك القائم على أساس آثار العقد (**المبحث الثالث**)، وذلك قبل الانتقال في مبحث أخير إلى معالجة تصنيف العقود المؤسس على طبيعة القواعد التي تطبق عليها (**المبحث الرابع**).

المبحث الأول: التصنيف القائم على أساس تكوين العقود

91. نقصد بهذا النوع من التصنيف، ذلك المبني على أساس تكوين العقد؛ حيث أدت التغيرات الاقتصادية وما ترتب عنها من تباين على مستوى أطراف العلاقة التعاقدية، إلى بروز أنواع متعددة من العقود؛ يمكن تصنيفها بحسب طريقة تكوينها من جهة أولى إلى العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني (المطلب الأول)، ومن جهة ثانية ينبغي التمييز بين العقد الاختياري وعقود الإذعان (المطلب الثاني)، وأخيرا سنميز بين العقود المهنية وعقود الاستهلاك (المطلب الثالث).

المطلب الأول: العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

92. **العقد الرضائي** هو ما يكفي لقيامه صحيحا مجرد تراضي أطرافه، ولعل غالبية العقود في عصرنا الحاضر تعتبر رضائية؛ ولا يعني تطلب شكل معين لإثباته أن العقد يخرج من نطاق الرضائية، حيث يتعين **التمييز بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات.** فحينما تطلب المشرع المغربي بمقتضى الفصل 443 من ق.ل.ع.م. الكتابة لإثبات التصرفات التي تتجاوز قيمتها عشرة آلاف درهم فإن هذه الشكلية ليس لصحة التصرف بل لإثباته فقط[96].

93. في مقابل العقد الرضائي، **فإن العقد الشكلي** هو الذي لا يتم بمجرد التراضي، وإنما يتعين اتباع شكل يحدده القانون، كما هو الشأن بالنسبة للبيع الواقع على عقار حيث تطلب المشرع الكتابة بمقتضى الفصل 489 من ق.ل.ع.م[97]. والأمر نفسه بالنسبة لبيع السفن والطائرات والأصول التجارية. وفي كثير من المناسبات، فإن المشرع يتطلب شكلية خاصة، تتمثل في ضرورة تحرير هذه التصرفات من قبل أشخاص حددهم القانون بشكل دقيق، كما هو الشأن بالنسبة لبيع العقارات في طور الإنجاز المنظم أخيرا بمقتضى القانون رقم 44.00[98]، كم تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 107.12[99].

---

[96] بحسب بعض الفقه، فإن التمييز بين الشكلية المستوجبة لصحة المعاملة والشكلية المستوجبة للإثبات لا يكتسي طابعا نظريا مجردا. فإن كان من الثابت أن الشكلية إذا كانت لازمة لصحة المعاملة تكون في نفس الوقت صالحة لإثباتها فإنه لا يجدي الأطراف نفعا التمسك بآثار المعاملة فيما بينهم إذا كان المشرع قد فرض إفراغها في شكل معين بحيث إن وجود تلك المعاملة في حد ذاته ولو بين الأطراف فحسب يصبح موضع شك.
نذير بن عمو: العقود الخاصة، البيع والمعاوضة؛ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 'مجد'/ بيروت؛ الطبعة الأولى/ 2009؛ ص:86.

[97] نص الفصل 489 من ق.ل.ع. على ما يلي: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".
محمد الكشبور: بيع العقار بين الرضائية والشكل، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء؛ سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 1؛ الطبعة الأولى/ 1997.

[98] ظهير شريف رقم 1.02.309 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 44.00 المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 -12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. حيث تطلب الفصل 618 مكرر/ 3 من هذا القانون أن يتم تحرير عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.
يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.
يقيد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى طبقا للفصل 34 من الظهير الشريف رقم 1.93.162 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.–الذي وقع تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 28.08 المعدل للقانون المنظم لمهنة المحاماة والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 6 نونبر 2008، ص:4044–.
يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.

94. هذا ما سار عليه القضاء المغربي؛ فقد جاء في قرار لمحكمة النقض[100] بتاريخ 8 ماي 1991 ما يلي: "إذا كان الفصل 488 من ق.ل.ع. يجعل البيع تاما وقائما بين طرفيه بمجرد تراضيهم على الثمن وشروط العقد الأخرى، فإن الفصل 489 من نفس القانون يلزم لوجوب بيع العقار أن يرد في عقد كتابي ثابت التاريخ.."[101]. كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض بتاريخ 1 دجنبر 1978 على أنه "بمقتضى الفصل 489 من ق.ل.ع. فإن بيع العقار يجب أن يكون كتابة في محرر ثابت التاريخ..."[102].

في قرار آخر أكثر وضوحا، ذهبت محكمة النقض بتاريخ 30 يناير 1996 إلى "أن الفصل 489 من ق.ل.ع. يوجب تحت طائلة البطلان الكتابة إذا كان البيع واقعا على عقار أو حقوق عقارية أو الأشياء الأخرى التي يمكن رهنها رهنا رسميا، وإن الوعد بالبيع على عقار وإن كان ليس عقدا تاما فإنه يتعين أن يقع هذا الأخير كتابة لأنه يتحول إلى بيع تام"[103].

95. في الوقت الذي كان فيه القضاء المغربي، خاصة على مستوى الغرفة الشرعية، يتمسك بأن البيع يتم بمجرد التراضي ولو تعلق الأمر بعقار غير محفظ، **فإن محكمة النقض تراجعت في السنوات الأخيرة عن هذا الموقف**، حيث أكدت على أن بيع العقار غير المحفظ لا يكون منجزا إلا إذا أبرم كتابة وبمحرر ثابت التاريخ، كما يتضح لنا من القرار الصادر عن جميع غرفها بتاريخ 6 دجنبر 2010، والتي ذهبت فيه "...لكن حيث إن محكمة الاستئناف لما اعتبرت أن ما توصل به المستأنف المطلوب في النقض حسب شهادة الشهود لا يوجب سوى استرجاع ما دفع ولا يخول للمشتري استصدار حكم

---

[99] **ظهير شريف رقم 1.16.05 بتاريخ 3 فبراير 2016؛ الجريدة الرسمية عدد 6440.**

[100] **ملاحظة مهمة: لقد تم تغيير عبارة المجلس الأعلى بعبارة محكمة النقض** بمقتضى القانون رقم 58.11 انسجاما مع مقتضيات الدستور الجديد لسنة 2011 –ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 الموافق 29 يوليو 2011 بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق 30 يوليو 2011، ص:3600–؛ وذلك بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى. الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)؛ ص:5228. **بناء على ذلك، فإننا سنستعمل العبارة الجديدة –أي محكمة النقض- سواء في القرارات الصادرة قبل صدور هذا القانون أو بعده.**

[101] قرار غير منشور.

[102] مجلة المحاماة، العدد 17؛ ص:115.

[103] قرار غير منشور.

على البائع لإتمام البيع لأن القانون حسب مقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع. يوجب أن يكون بيع العقار كتابة وبمحرر ثابت التاريخ، تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما ولم تخرق الفصلين المحتج بهما وكان ما بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار"[104].

96. **أما العقد العيني**، فهو العقد الذي لا يتم بمجرد تراضي عاقديه، **بل إنه يتطلب لتمامه أن يتم تسليم الشيء محل التعاقد لأحد أطرافه**، وهذا ما ينطبق مثلا على عقد الهبة وأيضا على الرهن الحيازي. ذلك أن الرهن الحيازي يعتبر عقدا عينيا[105] بصريح عبارة الفصل 1188 من ق.ل.ع.م. الذي جاء فيه ما يلي: "يتم الرهن الحيازي:

أولا: بتراضي طرفيه على إنشاء الرهن؛

ثانيا: وزيادة على ذلك **بتسليم الشيء المرهون فعليا إلى الدائن** أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون.

وإذا كان الشيء موجودا بالفعل وقت الرهن في يد الدائن كان رضى الطرفين وحده متطلبا، وإذا وجد الشيء في يد أحد من الغير وكان يحوزه لحساب المدين كفى أن يقوم هذا الأخير بإخطار حائز الشيء بإنشاء الرهن. وابتداء من هذا الإخطار، يعتبر الحائز الأجنبي أنه أصبح حائزا للشيء لحساب الدائن ولو لم يكن قد التزم مباشرة تجاهه"[106].

وإذا ما انتقلنا إلى القوانين المقارنة، نجد القضاء السوري هو الآخر يؤكد على هذه القاعدة، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض السورية بتاريخ 30 شتنبر 1970 على "أن رهن الأشياء المنقولة يتم بنقل حيازة المرهون للدائن، وتسليمه الشيء المرهون ليعلم

---

[104] القرار عدد 5017 الصادر بجميع الغرف بتاريخ 6 دجنبر 2010 في الملف المدني عدد 2290/ 1/ 5/ 2006. مجلة قضاء المجلس الأعلى؛ العدد:73، 2011؛ ص:33.

[105] لقد تراجع القانون المدني المصري لسنة 1948 عن هذه القاعدة، وجعل الرهن الحيازي مجرد عقد رضائي بعدما كان القانون المصري القديم يجعله عينيا –على غرار قانون الالتزامات والعقود المغربي-. حيث أصبح التسليم بحسب هذا القانون –القانون المدني المصري- التزاما على الراهن وأثرا للعقد لا شرطا لانعقاده؛ أي أن الرهن الحيازي أصبح من العقود الرضائية.
سمير تناغو: التأمينات العينية على الطائرات؛ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية؛ العدد الثاني؛ 1965؛ ص:206.
سمير عبد السيد تناغو: التأمينات الشخصية والعينية؛ الكفالة-الرهن-حق الاختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الامتياز؛ مكتبة توزيع المعاريف بالاسكندرية/ 1975؛ ص:336.

[106] مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي؛ الجزء الثاني: الحقوق العينية الأصلية والتبعية؛ شركة الهلال العربية للطباعة والنشر/ الطبعة الثانية 1987؛ ص:283.

الغير بوجود حق رهن على العين المرهونة"[107].

97. ما ينطبق على الرهن الحيازي يسري أيضا **على عقد الهبة**[108]، حيث يعتبر هو الآخر عقدا عينيا[109]، تطبيقا للحديث الشريف الذي جاء فيه "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة".

يذهب الفقه عموما، إلى أن اشتراط الشكلية **غالبا ما يكون ناتجا عن خطورة بعض التصرفات**؛ لذلك يقررها المشرع رغبة منه لحماية الصالح العام أو بهدف حماية المتعاقدين أنفسهم أو حماية للغير أو لناقص الأهلية أو للقاصرين، وأحيانا بهدف إعطاء المتعاقدين فرصة للتأمل بخصوص ما يقدمون عليه من تصرفات. وبخصوص الهبة، فإن الحكمة من اشتراط الشكلية بخصوص هذا العقد تتمثل أساسا في الاعتبارات التالية:

- توفير الحماية للواهب، عن طريق تنبيهه إلى خطورة العمل الذي يقدم عليه بالتصرف في أمواله بدون مقابل، حيث تدفعه هذه الشكلية إلى التروي؛

- حماية أسرة الواهب، لما فيها من إشهاد وعلنية، لدرجة يعلم بها الورثة، مما يمكنهم من ثني مورثهم عن عمله هذا؛

- حماية الموهوب له نفسه، حتى لا يطعن في هذا العقد بأي طعن من قبل الورثة أو الدائنين أو حتى الواهب نفسه، حيث يحاول الرجوع في الهبة.

---

[107] أشار إلى هذا القرار الأستاذ طعمة؛ مرجع سابق، ص:8504.

[108] عرف المالكية الهبة بأنها تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض. وقد استشف الفقهاء من مثل هذه التعاريف العديد من الخصائص التي تتميز بها الهبة؛ لعل أهمها:

- الهبة عقد لا إرادة منفردة. ويتبين من ذلك أنها تنعقد بتوافق إرادتي طرفي التعاقد وهما الواهب والموهوب له. والفقهاء جميعهم متفقون على أنه لا بد من الإيجاب والقبول في الهبة؛ فقد عد ابن جزي الغرناطي وهو من فقهاء المالكية الإيجاب والقبول من أركان العقد في الهبة. وقال أبو اسحاق الشيرازي –وهو من فقهاء الشافعية– ولا تصح الهبة إلا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمي لآدمي فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والنكاح...؛ وذكر القاضي وأبو الخطاب من الحنابلة أن الهبة والعطية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول.

- الهبة عقد يتم حال الحياة. وهذه الخاصية تجعلها تفترق عن الوصية، لأن ملكية الموصى به لا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي. قال الشيخ خليل: وقبول المعين شرط بعد الموت فالملك له بالموت. ولهذا لا يصح تعليق الهبة بشرط لأنها تمليك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع..."؛

- الهبة من أعمال التصرف. وعقد الهبة يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له. وهذه الخاصية لا تتجلى في أعمال التبرع الأخرى كالإخدام والعارية والحبس رغم كون الجميع بغير عوض، لأن هذه الأنواع ينصب عنصر التبرع فيها على المنافع فقط.

محمد الرافعي: الهبة في الفقه الإسلامي؛ بحث تحت إشراف الأستاذ السعيد بوركية بدار الحديث الحسنية؛ 1985؛ ص:8 وما بعدها.

[109] تعتبر الهبة في القانون الفرنسي عقدا شكليا ينبغي تحريره في محرر رسمي وفقا لشكليات حددتها المادة 931 من القانون المدني الفرنسي.
JUBAULT Christian : Droit civil ; les successions, les libéralités ; 2ème édition/ MONTCHRESTIEN/2010. P:540.

إشكالية: إمكانية الاستغناء عن الحوز المادي بالحوز القانوني في العقارات المحفظة[110].

98. اختلف القضاء المغربي بخصوص هذه النقطة، حيث ذهبت بعض القرارات إلى أن الحوز القانوني يغني عن الحوز المادي في العقارات المحفظة، في حين تمسك البعض الآخر إلى أنه بالإضافة لشرط تسجيل الهبة بالسجل العقاري فإنه ينبغي حصول الحوز المادي هو الآخر.

من القرارات التي سارت على الموقف الأول، نشير إلى القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 5 فبراير 1992، الذي جاء فيه "...إن القرار المطعون فيه لما اعتبر شرط صحة الصدقة هو الحوز القانوني وذلك بتسجيل المتصدق به على الرسم العقاري في حياة المتصدق طبقا لأحكام الفصلين 66 و 67 من ظهير 12 غشت 1913 يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما وجاء معللا تعليلا كافيا..."[111]. كما ذهبت محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 13 فبراير 1996، إلى أن تسجيل عقد الصدقة بالرسم العقاري قيد حياة المتصدق يعتبر حيازة قانونية يغني عن إشهاد العدول بمعاينة الحيازة أو إثباتها"[112].

في قرار آخر، ذهبت محكمة النقض بتاريخ 25 دجنبر 1991، إلى "..إن الحيازة التي تشكل في الفقه المالكي شرطا لصحة التبرع قبل حدوث المانع هي الحيازة القانونية وليس مجرد الحيازة المادية. وإذا كان العقار محفظا، فإن حيازة المتبرع له لا تنقل الملكية إلى هذا الأخير ولا تنتج أي أثر إلا بتسجيل العقد على الرسم العقاري عملا بأحكام المادتين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري، وبالتالي فإن التسجيل الذي يأتي لاحقا بوفاة المتبرع لا يحول دون بطلان التبرع ولو كان مسبوقا بالحيازة المادية للمتبرع به قيد حياة المتبرع..."[113].

[110] لقد نظم المشرع المغربي مؤخرا عقد الهبة، **وذلك بمقتضى المواد من 273 إلى 289 من القانون رقم 39.08 المعتبر بمثابة مدونة الحقوق العينية. الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011 الموافق ل27 ذو الحجة 1432، ص:5587.**

وبالرجوع للمادة 273، نجدها عرفت الهبة بأنها تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب دون عوض.

[111] قرار غير منشور.

[112] مجلة قضاء المجلس الأعلى؛ العدد 49-50؛ ص:108.

أشار إليه أيضا امحمد برادة غزيول، لحسن بقالي، محمد أحمدش، عبدالله الدكار، عادل العشابي، سعيد المعتصم، محمد الهيني: الدليل العملي للعقار غير المحفظ؛ منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية؛ العدد الثاني، فبراير 2007؛ ص:104.

[113] مجلة المرافعة؛ العدد الخامس؛ ص:216.

من هذه القرارات أيضا نشير إلى القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 9 يوليوز 2008، الذي جاء فيه "لئن كانت الهبة في العقار العادي أو في طور التحفيظ عملا بالفقه الإسلامي لا تنشأ إلا بعقد عدلي يشهد فيه العدلان على الواهب بهبة العقار إلى الموهوب له ومعاينتهما لحوز هذا الأخير للعقار الموهوب له، فإن الهبة في العقار المحفظ عملا بالفصلين 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري فضلا على أنها لا تؤسس إلا بعقد رسمي مستوف لكافة الشروط فإنه لا يكون لها وجود قانوني إلا بتسجيلها في الرسم العقاري"[114].

99. كما سبق أن أشرنا لذلك، فإنه في مقابل هذا التوجه للقضاء المغربي ذهبت قرارات أخرى **إلى أنه بالإضافة لشرط تسجيل عقد الهبة بالسجل العقاري فإنه لا بد من توافر الحوز المادي**. من ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 28 مارس 1989، حيث جاء فيه "حقا...ما نعته هاته الوسيلة على القرار المطعون فيه الذي اعتمد رسم الصدقة عدد 265 الذي طعن فيه بأنه مجرد عما يثبت الملكية وخال من معاينة الحيازة ولم يجب القرار عن هذا الدفع الذي تمسك به الطاعنان في المرحلتين وله آثاره فقها لاشتراط الفقهاء الحيازة بالمعاينة في التبرعات..."[115].

100. **وقد أحسن المشرع المغربي مؤخرا بتنظيمه لهذه المسألة،** وذلك بمقتضى القانون رقم 39.08 المعتبر بمثابة مدونة الحقوق العينية، **حيث أكد على أن التقييد بالسجلات العقارية يغني عن الحيازة المادية متى تعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ؛** كما يتضح لنا من مراجعة المادة 274 من هذا القانون التي جاء فيها: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول.

يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي.

يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا أو في طور التحفيظ.

فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه".

[114] قرار مؤرخ في 09/ 07/ 2008؛ ملف مدني عدد 3144/ 1/ 3/ 2006؛ مجلة قضاء المجلس الأعلى؛ العدد 71؛ 2009؛ ص:114.
[115] مجلة قضاء المجلس الأعلى؛ العدد 42-43.

المطلب الثاني: العقود الاختيارية وعقود الإذعان

101. يقصد بالعقد الاختياري العقد الذي ينبني على المساومة الحرة للأطراف، بحيث تتم مناقشة بنود العقد بمحض اختيار المتعاقدين معا وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما نستخلصه من الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ ويتميز العقد الاختياري عموما، بأن أطرافه يكونان متساويان من حيث المراكز الاقتصادية.

102. في مقابل العقود الاختيارية أو التفاوضية، **توجد عقود الإذعان** التي اختلف الفقه على الشروط التي ينبغي توفرها للقول بأن هذا العقد هو بالفعل عقد إذعان[116]. فهناك من الفقه[117] من اعتبر أنه لتحديد عقد الإذعان لا بد من توافر ثلاثة سمات أو خصائص، وهي أن يكون الإيجاب موجها للعموم أولا، أما الخاصية الثانية فهي أن يكون عقد الإذعان من العقود الضرورية للمذعن، وأخيرا أن يكون هناك احتكار قانوني أو فعلي للسلعة أو الخدمة.

---

[116] دون إغفال الإشارة إلى الانقسام الذي عرفه الفقه بداية حول طبيعة عقود الإذعان. حيث انقسم الفقه إلى مذهبين رئيسيين، الأول يرى أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية، فهم يرون أن ما يسمى بعقد الإذعان هو أقرب إلى أن يكون قانونا أخذت شركات الاحتكار الناس بإتباعه، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه سالي وأغلب فقهاء القانون العام ومن بينهم الفقيه ديموج الذي يرى أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم. أما الرأي الثاني، الذي يمثله غالبية فقهاء القانون المدني، فيرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع بصفة عامة لنفس القواعد العامة التي تخضع لها باقي العقود. والحل لعلاج التباين الحاصل بين طرفي عقد الإذعان لا تكمن في إنكار الطبيعة العقدية، وإنما في البحث عن حلول قانونية لحماية الطرف المذعن، باعتباره الطرف الضعيف في عقود الإذعان. ومن هذه الحلول التي اعتمدتها مختلف التشريعات هو فرض أسعار جبرية لبعض السلع لحاجة الناس الضرورية لها وذلك عن طريق القرارات واللوائح، بحيث لا يجوز بيعها بما يزيد على هذا السعر.
أنظر للتوسع في الحلول التي اعتمدتها التشريعات الحديثة وأيضا الفقه الإسلامي بخصوص هذا النوع من العقود:
فؤاد محمود عوض: دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري. مطابع حلبي لطباعة الأوفست، الطبعة الأولى/ 1999، ص:264.

[117] محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، 1976، بند 47.
حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي/ القاهرة، 1997، ص:47.
وهو نفس الموقف الذي سار عليه القضاء في بعض الدول، من ذلك ما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية في قرار لها بتاريخ 4 يناير 1988، والتي جاء فيها "إن عقود الإذعان تتميز عن غيرها باجتماع سمات ثلاث، أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، وثانيها هي احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، وثالثها صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، والقبول في هذه العقود ليس إلا إذعانا لما يمليه الموجب، فالقابل ليس له إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة للتعاقد، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية".
مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشرة، ع:1، مارس 1995، ص:45.

بينما البعض الآخر، تطلب فقط توفر شرطين[118]؛ الأول يتمثل في ضرورة أن يكون إعداد العقد وتحضيره من جانب أحد المتعاقدين بشكل منفرد وسابق على أي مفاوضات خاصة بالعقد، أما الشرط الثاني فهو **أن يتمتع المتعاقد الذي يصيغ العقد بسلطة فرضه على المتعاقد الآخر**، ولن يتمتع هذا المتعاقد بذلك إلا إذا كان في وضع المحتكر للسلعة أو الخدمة محل العقد.

غير أن عدم تحقق هذا الشرط لا يكفي لوحده، لنفي كل علاقة للعقد بصفة الإذعان، لاسيما في ظل وجود رأي فقهي أكثر توازنا من وجهة نظرنا، والذي يتطلب لتحديد صفة الإذعان مجرد غياب قدرة المتعاقد على مناقشة بنود العقد[119]. بمعنى أنه ليس لازما شرط توافر الاحتكار للسلعة أو الخدمة من جانب أحد المتعاقدين من أجل الاعتراف بكون الآخر في موضع الإذعان له وإنما يكفي أن ينفرد أحد الأطراف بوضع شروط التعاقد مسبقا[120]، وذلك من أجل حماية المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

103. عموما، فإن عقود الإذعان تتميز في مجملها بانعدام إرادة أحد طرفيها أو على الأقل في انفراد إحدى هذه الإرادات في تحديد بنود العقد أو الالتزامات الناتجة عنه[121]. وما يميز هذه العقود أيضا هو غياب التوازن الاقتصادي بين مركزي المتعاقدين. وعلى حد تعبير بعض الفقه[122] أن سبب نشأة عقود الإذعان يرجع إلى قيام قوى هائلة اقتصاديا باتت تتحكم في أرزاق الناس أو فيما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو

---

[118] MALINVAUD Philippe : Droit des obligations, les mécanismes juridiques des relations économiques, Litec/ Paris, 1990, P :35.
BERLIOZ G. : Le contrat d'adhésion, L.G.D.J. 1976, 2ème édition, P:27.
BRICKS Hélène : Les clauses abusives ; Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1982, P:9.
أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص:247.

[119] MOUMMI Saad : Droit civil, droit des obligations en droit comparé français et marocain, édition Elbadii, Marrakech, 2000, P:35.

[120] محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، عدد خاص لتأبين المرحوم الدكتور سليمان العيسى، السنة الثانية والعشرون/ العدد الثاني-يونيو 1988، ص:751.

[121] عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للإلتزامات، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد، مرجع سابق، ص:89.
السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون ذكر سنة الطبع، ص:27.

[122] محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد؛ مرجع سابق؛ ص:750.

خدمات لازمة، وقد توصلت إلى ذلك من خلال الاحتكار الذي يقضي على المنافسة. والنتيجة التي ترتبت على هذا الاحتكار هي انفراد هذه القوى المحتكرة بوضع شروط التعاقد وبنوده[123]، ولا تقبل من المتعاقدين معها مناقشة لهذه البنود أو الاعتراض عليها بحيث لا يكون أمامهم سوى قبول بنود العقد برمتها أو رفض التعاقد.

لذلك فإن الاتجاه السائد الآن في الفقه والقضاء الفرنسيين **أصبح يرى أن اللامساواة في القوة الاقتصادية في عقد الإذعان ليس من الضروري أن تكون نتيجة احتكار أو حتى نتيجة قوة اقتصادية ضخمة**[124]، فكل مهني يستطيع من خلال وضعه أن يفرض شروطه على زبنائه ولو لم يكن ذلك إلا لأنها مماثلة بشكل محسوس لشروط منافسيه. وهذا ما دفع الفقه الفرنسي إلى تعريف عقد الإذعان على أنه انضمام لعقد نموذج يحرره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه المتعاقد الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله[125]. **ومن ثم، يتضح لنا أن الفقه والقضاء الفرنسيين يعتبران العقود المبرمة بين المحترف المهني وغير المهني عقود إذعان**[126].

104. وفي الوقت الذي أغفل فيه المشرع المغربي، على غرار نظيره الفرنسي، التطرق لعقود الإذعان[127]، فإن العديد من التشريعات العربية التي تأثرت في جانب مهم منها بالمدرسة الجرمانية أوردت العديد من القيود والأحكام التي تهدف إلى حماية الطرف المذعن[128]، من ذلك المشرع المصري الذي تناول مسألة القبول في عقود الإذعان في المادة 100 من القانون المدني، بينما تناول سلطة القاضي إزاء هذه العقود في المادة 149 من نفس القانون وبعدها تناول قواعد تفسير هذه العقود عند الشك في العبارات الغامضة في المادة 151 من القانون المدني.

لعل الذي يهمنا من هذه المواد في موضوعنا هذا، أن المشرع المصري لم يقف مكتوف الأيدي أمام الشروط التي يضعها المذعن في مواجهة المذعن، وإنما تدخل لحماية الطرف المذعن وذلك من خلال **أمرين أساسيين؛ الأمر الأول**، يتجلى في تلك

[123] MALAURIE Ph. et AYNES L. : Droit civil, les obligations, op.cit, P:186.
[124] GHESTIN Jacques : La formation du contrat, op.cit, P:97.
[125] GHESTIN Jacques : Op.cit, P:96.
[126] GHESTIN Jacques : Op.cit, P:453.
[127] إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع:3، يونيو 2001، ص:78.
[128] عبد المنعم فرج الصدة: في عقود الإذعان في القانون المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1946.

السلطة التقديرية التي خولها المشرع لقاضي الموضوع في إعفاء الطرف المذعن من هذه الشروط أو تعديلها بحسب ما تقتضيه العدالة، فقد جاء في المادة 149 من القانون المدني المصري ما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". وهذا النص على حد تعبير الفقيه عبد الرزاق السنهوري هو أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار[129].

أما الأمر الثاني أو الشكل الثاني من الحماية الذي اعتمده المشرع المصري، فهو ما جاء في المادة 151 من القانون المدني المصري: "1: يفسر الشك في مصلحة المدين.

2: ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". بمعنى، أن الشك يفسر في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا[130]، **وذلك بخلاف ما ورد في الفصل** 473 **من ق.ل.ع. الذي جاء فيه على أنه عند الشك يفسر الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم**[131] **دون الإشارة إلى أي استثناء لاسيما حينما يتعلق الأمر بالمذعن،** لأنه يفترض أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بتقصيره وحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض من جهة كما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون[132].

بصفة عامة، فقد ظهرت العديد من التبريرات لهذه القاعدة، منها أن الأصل براءة الذمة والالتزام استثناء وهذا الأخير لا يتوسع فيه، إضافة إلى أن الالتزام يمليه الدائن المذعن لا المدين المذعن فإذا ما أملاه غامضا ومبهما فإنه يتعين أن يتحمل تبعة

---

[129] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/ لبنان، 1998، ص:250.

[130] العربي مياد: إشكالية التراضي في عقود الإذعان. أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط/ أكدال، 2002.

فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، مرجع سابق، ص:261.

[131] إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء، 1981،ص:596.

محمد شيلح: تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص/ الرباط، 1995، ص:738.

[132] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص:250.

تقصيره[133] ويتعين بناء على ذلك أن يفسر الشك لمصلحة المذعن دائنا كان أم مدينا[134].

105. وقد أحسن المشرع المغربي مؤخرا، من خلال القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك[135]، حيث جعل التفسير في حالة الشك ينبغي أن يكون بالمعنى الأكثر فائدة للمستهلك، وهو الأمر الذي سبق لنا أن طالبنا به في العديد من المناسبات؛ ذلك أنه بالرجوع للمادة التاسعة من هذا القانون نجدها نصت على ما يلي: "فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة. وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط، يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك".

بذلك يكون المشرع المغربي بمقتضى هذا القانون قد سار على غرار العديد من التشريعات الحديثة كما يتضح لنا من خلال المادة الخامسة من التوجيهة الأوروبية رقم 13.93 لسنة 1993، والتي جاء فيها على أنه "في حالة الشك في معنى شرط ما يفسر الشك لمصلحة المستهلك". بمعنى، أن مجال حماية عديم الخبرة من خلال قواعد التفسير قد أصبح واسعا، وهذا ما أكدته أيضا المادة 355 من قانون 10 فبراير 1978 الفرنسي المتعلق بإعلام وحماية المستهلك، والتي تسمح للقاضي بإبطال أي شرط في عقود الإذعان يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المستهلك أو عديم الخبرة، أي يؤدي إلى الإخلال الجلي في التوازن في حقوق المتعاقدين والتزاماتهم[136].

106. خلاصة ما سبق، **أن الشك يفسر لمصلحة عديم الخبرة في عقود الإذعان سواء كان مدينا أم دائنا**، ويرجع السبب في ذلك أن الطرف المذعن لم يشترك في صياغة عبارات العقد فلا يسأل عن غموضها، الشيء الذي سيدفع بدون أدنى شك المهني باعتباره الطرف القوي والذي ينفرد بصياغة عبارات العقد تحري أكثر قدر ممكن من الدقة والوضوح عند تحريره للعقد.

---

133 توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، طبعة 1978، ص: 265.

134 سامي الجربي: تفسير العقد، الطبعة الأولى، 2000، ص:531.

135 الجريدة الرسمية، عدد 5932 بتاريخ 7 أبريل 2011؛ ص:173.

136 لا ينبغي أن ننسى أنه خارج نطاق عقود الإذعان، نجد المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بتفسير الشك في عقد البيع لمصلحة المشتري، بمعنى أن كل عقد غامض أو ملتبس يفسر ضد البائع.

ونرى أنه يمكن اعتماد هذا النص عن طريق القياس على باقي العقود التي تربط بين مهنيين ومستهلكين، فالبائع كما ذهب لذلك معظم الفقه يعتبر مهنيا بامتياز بينما المشتري هو بمثابة مستهلك.

BENABENT Alain : Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, troisième édition, 1997 (Montchrestien), P:135.

المطلب الثالث: العقود المهنية وعقود الاستهلاك

107. أفرزت المتغيرات الاقتصادية التي شهدها العالم في العقود الأخيرة، اعتماد تصنيف جديد للعقود من قبل الفقه الحديث[137]؛ حيث أصبح التمييز الأكثر دراسة هو ذلك الذي يميز بين العقود المهنية والعقود الاستهلاكية[138]. فالعقد المهني هو الذي يتم إبرامه بين المهنيين أو المحترفين بين بعضهم البعض، حيث هناك نوع من التوازن؛ بينما العقد الاستهلاكي[139] يربط بين طرف مهني والآخر غير مهني وهو المستهلك.

108. باعتبار أن الوضع الضعيف الذي يتواجد فيه هذا الأخير، أي المستهلك، هو الذي كان وراء تزايد الاهتمام بهذا النوع الأخير من العقود؛ فإن تحديد مفهوم المستهلك نفسه، عرف تغيرا مهما نتيجة التطور الذي شهده قانون حماية المستهلك، ويمكن القول أن **هناك اتجاهين** برزا بخصوص هذا المفهوم؛ **الاتجاه الأول** يرى أن للمستهلك مفهوما واسعا، بمعنى أنه يعتبر مستهلكا كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك، أي أنه يعتبر مستهلكا حتى المهني الذي يتصرف خارج اختصاصه.

بينما يحاول الاتجاه الثاني التضييق أكثر ما يمكن من المفهوم الأول؛ وبحسب هذا الرأي الثاني، فإن المستهلك هو الشخص الذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات

---

[137] MALAURIE Philipe et AYNES Laurent : Les contrats spéciaux, Defrénois, Paris, 2003, P:38 et 595.
BENABAENT Alain : Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, op.cit, P:8 et 9.
عبد الحميد أخريف: الدليل القانوني للمستهلك، عقود الاستهلاك: البيع في الموطن –التعاقد عن بعد– العقد الإلكتروني. دراسة في ضوء مشاريع القوانين المغربية المتعلقة بحماية المستهلك وبالتبادل الإلكتروني للمعطيات والقوانين الدولية المقارنة، مشفوعة بقاموس عربي فرنسي لأهم المصطلحات القانونية المرتبطة بالموضوع. مطبعة أميمية/ فاس، الطبعة الأولى/ 2006، ص: 3 و4.
محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي. دار الكتاب الحديث، 2006، ص:38.

[138] هناك من يميز بين العقود المتوازنة وعقود الاستهلاك. ويقصد بالعقد المتوازن هو ذلك العقد الذي يبرم بين طرفين متكافئين، كما يتمتعان بنفس مستوى المعرفة التقنية لمحل التعاقد.
عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد، مرجع سابق، ص:95.

[139] بحسب الفقيه المغربي محمد الحبيب التجكاني، فإن حماية المستهلك تعني استعمال المجتمع المسلم لوسائل شرعية تحفظ مصلحة المستهلك، الآنية والمستقبلية، في المواد، وفي المشاهد والصور، وفي أدوات المعرفة والتوجيه والإيحاء، وفي هذا السياق حرصت الحضارة الإسلامية على توفير الحماية اللازمة للمستهلك في كل هذه المجالات؛ ويستشهد مضيفا بقوله للإمام أحمد رحمه الله الذي ذهب فيها "يأمر المحتسب بالجمعة، والجماعات، يصدق الحديث، وأداء الأمانات، وينهي عن المنكرات من الكذب، والخيانة وما يدخل في ذلك من تطفيف المكيال، والميزان والغش في الصناعات والبياعات والديانات ونحو ذلك".
محمد الحبيب التجكاني: مفهوم المسستهلك ووسائل حمايته في الإسلام. يوم دراسي تحت عنوان: حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، 4فبراير 2002، جامعة محمد الأول- كلية الآداب والعلوم الإنسانية/ وجدة، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، رقم 77، سلسلة ندوات ومناظرات26، 2003، ص:9.

لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية[140]؛ بمعنى آخر هو كل شخص يتصرف لغرض غير مهني[141]. وبحسب هذا الفريق الثاني، فالمعيار الذي ينبغي اعتماده هو معيار الغرض من التصرف حيث لا يمكن اعتبار من يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج أي مهني وآخر غير مهني بمثابة مستهلك[142].

109. بالرغم من أننا نحبذ إحجام التشريعات عن وضع التعاريف، على اعتبار ذلك من مهام الفقه، **فإن المشرع المغربي عرف المستهلك** بمقتضى القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك والمشار إليه سابقا، حيث عرفت المادة الثانية منه المستهلك بكونه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي.

110. ونرى، أنه إذا كان أنصار التضييق من مفهوم المستهلك يخلصون إلى حرمان المهني الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه من القواعد الحمائية التي جاءت بها قوانين الاستهلاك[143]، بحجة أن الاعتماد على الجهل لدى هؤلاء مقارنة مع أي مستهلك يعتبر أمرا مبالغا فيه[144]، فإننا لا نؤيد هذا الطرح[145] في العديد من المناسبات كما هو الشأن بالنسبة للسائح الطرف الضعيف في العقد السياحي الذي يمكن أن يكون مهنيا[146]

---

[140] محمد الحبيب التجكاني: مفهوم المستهلك ووسائل حمايته في الإسلام، مرجع سابق، ص:9.

[141] بوعبيد عباسي: مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن؛ ع:37 (2002)، ص:175 إلى ص:178.

MESTRE (J.) : Des notions du consommateur, Rev. Trim. Dr. Civ. 1989, P:62.
PIZZIO J. P. : L'introduction de la notion du consommateur en droit français, Dalloz, 1982, Chronique 91.

[142] في هذا الصدد يرى الباحث بوعبيد عباسي أنه ليس من المؤكد أن المهني الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه يكون غير قادر على حماية نفسه كالمستهلك البسيط، صحيح أن الأمر يختلف بحسب الحالات بطبيعة الحال، ولكن يبدو بصفة عامة أن الشخص الذي يتصرف بناء على مجموعة من العوامل والمبررات المحددة لسلوكه أكثر من ذلك الذي يتصرف بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، وهكذا فهو يستطيع الدفاع عن نفسه أكثر من غيره.

بوعبيد عباسي: مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص:183.

[143] أبو العلا علي أبو العلا النمر: حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية/ الطبعة الأولى، 2004، ص:5.
PAISANT (G.) : Essai sur la notion de consommateur en droit positif, Op.cit, 3655.

[144] بوعبيد عباسي: مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص:183.

[145] في الواقع هناك صعوبة في تحديد مفهوم المستهلك، ولهذا السبب أقدمت بعض الاتفاقيات الدولية على وضع تعريف لمفهوم المستهلك محاولة منها لإزالة هذا الغموض، ومن هذه الاتفاقيات نشير إلى اتفاقية روما ل19 يونيو 1980 (المادة الخامسة منها) المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

أبو العلا علي أبو العلا النمر: حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي؛ مرجع سابق، ص:6.

[146] هو نفس الموقف الذي دافع عنه الفقيه الفرنسي فريبه ديديه، الذي ذهب إلى أن المفهوم الواسع للمستهلك هو الذي ينسجم مع غايات قانون الاستهلاك؛ فإذا كانت الحماية تبررها وضعية الضعف التي يوجد فيها المتعاقد فلا يهم بعد ذلك الغاية من التصرف الذي يبرمه هذا الأخير، فالمهني الذي يتصرف خارج نطاق نشاطه المهني يستحق الحماية إذن، إنه يعتبر غير مهني في هذه الحالة، بمعنى أنه جاهل، على الرغم من أنه لا يتعاقد من أجل تلبية مصلحة صفة شخصية.

=

لحرف لا تمت للقطاع السياحي بصلة، ومن ثم لا يمكنه أن يدرك كل التفاصيل المرتبطة بالعقد السياحي.

111. نشير من جهة أخرى، إلى أن المشرع المغربي وضع حدا للجدل الفقهي[147] الدائر حول إمكانية شمول مفهوم المستهلك للشخص المعنوي[148]. فبينما رأى البعض بأنه لا مانع أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا[149]، ذهب البعض الآخر إلى أنه لا يتصور إلا أن يكون شخصا طبيعيا[150]. حيث تبنى القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الموقف الأول، كما يتضح لنا من التعريف الذي خصصه للمستهلك بمقتضى المادة الثانية منه، التي جاء فيها "يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي **أو معنوي** يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

112. خلاصة القول، إن المشرع المغربي أحسن بتبنيه للقانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلكين؛ حيث إنه بالرجوع لديباجته نستشف **ملاحظتين أساسيتين؛ الأولى**، إقراره بأن هذا القانون هو مجرد إطار مكمل للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك؛ **أما الملاحظة الثانية**، فتتمثل في الأهداف التي جاء من أجلها هذا القانون، حيث عبر عن ذلك، بكون أحكامه جاءت من أجل تعزيز الحقوق الأساسية للمستهلك، خاصة تلك المتمثلة في:

- الحق في الإعلام؛
- الحق في حماية حقوقه الاقتصادية؛
- الحق في التمثيلية؛
- الحق في التراجع؛
- الحق في الاختيار؛
- الحق في الإصغاء إليه.

FERIER Didier: La protection des consommateurs, Dalloz, 1996, P:13.

[147] CORNU G. : La protection du consommateur dans l'exécution du contrat ; Travaux de l'association Henri Capitant ; 1973, Tome III ; P:135.

[148] بخصوص المهني فإنه لا خلاف حول شمول مفهومه للأشخاص الطبيعية والمعنوية على حد سواء؛ ففكرة المهني مرتبطة بشكل وثيق بالمشاريع، والمشروع ما هو إلا التعبير الاقتصادي عن النشاط المهني، سواء كان لشخص طبيعي كالتاجر أو لشخص معنوي كالشركة.
Le TOURNEAU et CADIET : Op.cit, P:791.

[149] Cass. Civ, 1er, 18 Avril 1987.

[150] Cass. Civ., 22 Novembre 2001, Dalloz, 2002, P:90.

المبحث الثاني: التصنيف القائم على أساس طبيعة العقود

113. يقتضي منا معالجة هذا المبحث التمييز أولا بين العقود البسيطة والعقود المركبة (المطلب الأول)، وأيضا بين العقود الفورية والعقود الزمنية (المطلب الثاني)، وأخيرا التمييز بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: العقود البسيطة والعقود المركبة

114. من بين التقسيمات التي دأب الفقه عليها تمييزهم بين العقود البسيطة والعقود المركبة[151]؛ بحيث يكون العقد بسيطا إذا تضمن عملية واحدة ويكون عقدا مركبا إذا تضمن عدة عمليات أو أداءات قانونية مختلفة اندمجت مع بعضها لتحقيق غرض واحد[152] كما هو الشأن بالنسبة لعقد الايجار التمويلي والعقد السياحي.

115. بالرغم من اختلاف الفقهاء حول تعريف العقد المركب، إلا أنها تكاد تجمع على وجوب أن يتضمن الاتفاق ربطا بين عدة عقود أو أداءات مختلفة ضمن اتفاق واحد في كل غير قابل للانقسام أو التجزئة. وقد أعطى الفقه عدة أمثلة يتحقق فيها العقد المركب، من ذلك الحالة التي يضم فيها الاتفاق عدة عقود مسماة مختلفة[153]، بحيث يجمع الاتفاق بين عقدين أو مجموعة من العقود التي يكفي أحد منها في حالة انعقاده منفصلا لتحقيق هدف معين لو لم يفقد ذاتيته الخاصة ومن ثم يندمج في الاتفاق الذي يكون له طبيعته المستقلة عن العقود المكونة له، أو لو لم يكن الاتفاق متضمنا لمجموعة عقود يكون أحدها هو الاتفاق الأساسي الذي يفسر غالبية

---

[151] أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق؛ ص:169.

محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى/ عين مليلة/ الجزائر، الطبعة الثانية/ 2004، ص:53.

LAMOUREUX Marie : L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants, Presse Universitaire D'AIX-MARSEILLE, 2006, P:101.
DELEBECQUE Philippe et PANSIER Frédéric-Jérome : Droit des obligations, contrat et quasi-contrat, 3ème édition, Litec, Paris/2003, P :12.
MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Les contrats spéciaux, édition Cujas, 1992, P:17.

[152] عصام سليم ومحمد قاسم: مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1993، ص:261.

[153] جلال العدوي: أصول الالتزام، القاهرة، 1997، ص:35.

أحكام العقد المركب إضافة إلى عقود أخرى ثانوية.

كما يمكن أن يتضمن الاتفاق الجمع بين عدة عناصر أو آثار لعقود مختلفة، بحيث ينشأ عن هذا الجمع عقد واحد، تهدف آثاره أو عناصره إلى تحقيق غرض واحد، فهذا الاتفاق لا يجمع بين عدة عقود مختلفة قائمة بذاتها يكفي أي منها لتحقيق عملية معينة، بل هو ناتج عن الجمع بين هذه العناصر أو الآثار لعدة عقود مختلفة بطريقة معينة بحيث تحقق أهداف الطرفين.

في حين يرى جانب أخر من الفقه، أنه حتى نكون بصدد عقد مركب، فإنه ينبغي أن تندمج العمليات القانونية المختلفة الداخلة في العقد المركب في كل واحد غير قابل للانقسام أو التجزئة، فلا نكون أمام عقد مركب إذا كان الاتفاق يتضمن ربطا بين عدة عقود مستقلة عن بعضها بحيث ينفصل كل منها عن الآخر ولا يؤثر فيه[154].

بناء على ذلك، فإنه حتى نكون إزاء عقد مركب يجب أن تندمج العقود الداخلة في هذا الاتفاق في كل واحد، بحيث يعد كل منها سببا لإبرام الآخر، ولكون العقد المركب لا يقوم إلا بإبرام كل هذه العقود، فإذا لم يتم إبرام أحدها فإن العقد المركب لا تقوم له قائمة، لكون أطرافه لم يقبلوا على هذه الاتفاقات إلا بسبب العقد في كليته ولتحقيق الهدف منه، ومن ثم فإذا ما تعرضت إحدى هذه الاتفاقات للبطلان فإن العقد يبطل في مجموعه.

116. قبل الانتهاء من هذا المطلب، **ينبغي عدم الخلط بين العقد المركب ونظرية العمل المختلط** التي تناولها المشرع المغربي بمقتضى مدونة التجارة الجديدة[155]؛ والعبرة في العمل المختلط لا تكمن في وقوعه بين تاجر وغير تاجر، وإنما تكمن في الصفة التي يكتسبها العمل بالنسبة لكل واحد من الطرفين المتعاملين على حدة. ومن ثم نرى أن المقصود بالعمل المختلط هو ذلك العمل الذي يعتبر تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر، كالمزارع الذي يبيع منتجات حيواناته من ألبان إلى تاجر المواد

[154] عصام أنور سليم: عدم تجزئة العقد في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف/ الإسكندرية، 1991، ص:54.
[155] ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول1417 (فاتح أغسطس) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة.

الغذائية، والموظف الذي يشتري أجهزة منزلية أو ملابس رياضية من تاجر[156].

117. **ويثير العمل المختلط بصفة عامة صعوبة فيما يتعلق بالمحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على هذا النزاع.** ففيما يتعلق بالصعوبة الأولى، فإنه ينظر إلى طبيعة العمل بالنسبة للمدعى عليه، فإن كان العمل بالنسبة للمدعي تجاريا وبالنسبة للمدعى عليه مدنيا يجب رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية أما إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للمدعي وتجاريا بالنسبة للمدعى عليه جاز رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المدنية.

تطبيقا لذلك، فإنه إذا رفع تاجر دعوى على أحد زبائنه المستهلكين لمطالبته بقيمة ما تم توريده إليه وجب عليه رفع تلك الدعوى أمام المحكمة المدنية، أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من الزبون المستهلك على التاجر بخصوص نزاع حول قيمة البضائع التي وردت إليه، فإن المدعي المستهلك له الخيار بين رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المدنية.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العمل المختلط، فإنه ينظر إلى طبيعة النزاع وليس للمحكمة المختصة، بمعنى أن القانون المدني يطبق على الجانب المدني من العملية حتى ولو كان النزاع معروضا أمام المحكمة التجارية كما يطبق القانون التجاري على الجانب التجاري منها. وهو المبدأ الذي كرسته المادة الرابعة من مدونة التجارة، التي جاء فيها: "إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الآخر، طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك".

بحسب هذه النظرية، **فإن الطرف المدني يمكن له أن يستفيد من قواعد القانون المدني دون أن يستطيع التاجر أن يحتج عليه بقواعد القانون التجاري،** في الوقت الذي يستطيع هو الاحتجاج بها، ومن ثم الاستفادة بمجموعة من المزايا كقاعدتي حرية الإثبات في المادة التجارية وافتراض التضامن بين التجار التي نص عليهما تباعا الفصلين 334 و335 من مدونة التجارة المغربية، حيث جاء في الأول "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات. غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك"، بينما جاء في الثاني "يفترض التضامن في الالتزامات التجارية".

---

[156] إن الأعمال المختلطة التي تقع في الحياة العملية تعتبر كثيرة ومن تم لا يمكن حصرها. وفي جميع الأحوال، فإن العبرة في تحديد العمل المختلط تعود لصفة العمل ذاته، ذلك أنه لا يشترط في العمل المختلط أن يكون أحد طرفيه تاجرا، فمثلا عقد البيع الذي يبرمه شخصين مدنيين، يبيع أحدهما شيئا ورثه ويشتري الآخر بقصد بيعه ليربح، عمل تجاري مختلط، ولو أن الطرفين لا يعتبران تاجرين.

المطلب الثاني: العقود الفورية والعقود الزمنية

118. يميز الفقه القانوني بين العقود الفورية والعقود الزمنية؛ والمقصود بالأولى[157] العقود التي تنتج آثارها القانونية لحظة إبرامها، بالرغم من تأخر التنفيذ في بعضها ما دام أن الزمن ليس عنصرا أساسيا فيها. ومن أبرز الأمثلة على ذلك عقد البيع الذي يعتبر عقدا فوريا سواء كان موضوعه بيع منقول أو عقار وسواء أكان تسليمه يتم فورا أو يتطلب ذلك وقتا معينا لحاجة البائع إلى مدة معينة لإعداد الوثائق اللازمة مثلا لتسجيله بالمحافظة العقارية أو حاجة المشتري إلى بعض الوقت لتوفير السيولة المالية الموازية للثمن.

بخلاف العقود الفورية، **فإن العقود الزمنية**[158] هي التي يكون فيها لعامل

[157] العقد الفوري، ويقال له أيضا العقد ذو التنفيذ الفوري، هو العقد الذي لا يقوم في تنفيذه على فكرة الزمن: فهو يرمي إلى إشباع حاجة تتطلب الإشباع دفعة واحدة. فلا يكون الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذه، سواء تم هذا التنفيذ فورا أو تراخى إلى أجل أو آجال متتابعة. فعقد البيع مثلا عقد فوري التنفيذ، سواء كان الثمن (أو المبيع) يقدم فورا أو كان مؤجلا أو كان مقسطا.

ذلك لأن الزمن لا يدخل في هذا العقد إلا باعتباره عنصرا عرضيا، وذلك بإحدى طريقتين:

1) قد يتدخل الزمن بإرادة المتعاقدين. فبدلا من أن ينفذ العقد فورا يتفق المتعاقدان على تأجيل التنفيذ إلى وقت لاحق ويظل هذا التنفيذ فوريا رغم كونه مؤجلا، لأن الأجل هنا يحدد وقت التنفيذ ولا يتحدد به مقدار الأداء. كأن يتفق في عقد البيع على تأجيل الثمن، أو على تأجيل تسليم المبيع.

وقد تتعدد الآجال، وذلك عندما يتفق على تنفيذ الأداء على فترات، فيكون العقد منجم التنفيذ. كأن يتفق في عقد البيع على تقسيط الثمن، أو على تسليم المبيع على دفعات. وحينئذ تكون هذه الآجال أيضا، كما في الحالة السابقة، عناصر عرضية في العقد، لا يتحدد بها مقدار الثمن أو المبيع وإنما يتحدد بها وقت التنفيذ.

2) وقد يتدخل الزمن رغم إرادة المتعاقدين، فيكون الأجل حينئذ ضروريا. وذلك إذا كانت النتيجة المقصودة يستغرق تحقيقها مدة من الزمان. كأن يتعاقد شخص مع مقاول على بناء منزل، إذ لا بد لهذا البناء من أن يستغرق زمنا، ومن ثم يكون الأجل إجباريا. ومع ذلك يظل هذا الأجل عنصرا عرضيا، كما في حالة الاتفاق الاختياري، لأن الزمن حينئذ لا يقاس به المعقود عليه. فمدة التنفيذ هنا لا يقابلها إشباع مستمر، ولا أثر لها في زيادة الفائدة المقصودة أو نقصها".

عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام؛ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر؛ 1960؛ ص:72.

[158] ذهب الفقيه عبد المنعم فرج الصدة إلى أن المقصود بها "عقد المدة، ويقال له أيضا العقد الزمني أو العقد ذو التنفيذ الممتد، هو العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذه، فيكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد. فهو يرمي إلى إشباع حاجة لا يمكن إشباعها إلا مقترنة بمدة. فعقد الإيجار عقد مدة لأنه يرد على المنفعة، والزمن عنصر جوهري في تنفيذه لأنه هو الذي يحدد مقدار هذه المنفعة، إذ لا يتصور أن ينفذ المؤجر التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع لمدة سنة في لحظة واحدة، بل لا بد من أن يستغرق هذا التنفيذ سنة كاملة.

ويرد عقد المدة إما على أداءات مستمرة، أو أداءات دورية:

1) فالأداءات المستمرة لا يمكن تصورها إلا مقترنة بمدة، إذ لا يمكن أن تقاس إلا بالزمن. كما في حالة التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع مدة معينة، والتزام العامل بالعمل مدة معينة. فالمدة هنا عنصر جوهري وأصيل، إذ هي مقصودة لذاتها وبذاتها، وليس مجرد عنصر عرضي.

وهذه الأداءات لا تكون إلا مستمرة، لأنها يجب أن تؤدى بدون انقطاع طول المدة المتفق عليها. ولهذا كانت العقود المنشئة لها عقودا ذات تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة وعقد التأمين.

2) والأداءات الدورية تتناول أشياء تقاس بحيز مكاني، بحيث يمكن تنفيذها دفعة واحدة، ولكن يتفق المتعاقدان على تكرارها مدة من الزمان لإشباع حاجة تتكرر. فهي في ذاتها تقاس بالمكان، ولكن يتفق المتعاقدان على أن تقاس بالزمان. كما في عقد التوريد حينما يلتزم مثلا خباز بأن يورد أقة من الخبز كل يوم، أو يلتزم بائع لبن بأن يورد رطلين من اللبن كل يوم.

=

الزمن دور أساسي لقيام هذا النوع من العقود؛ بل يعتبر مسألة وجود وعدم لهذا النوع؛ وإذا كان الفقه عادة ما يمثل لهذه العقود بعقد الكراء، وعقد الشغل وعقد التوريد، فإننا نرى أن هناك العديد من العقود التي أصبحت أهميتها تتزايد بشكل كبير تعتبر هي الأخرى عقود زمنية وبالتالي ينبغي تخصيصها بدراسات معمقة لاسيما في ظل إغفال تنظيمها من قبل المشرع المغربي كما هو الشأن بالنسبة لعقد الاشتراك المائي الذي يعتبر عقدا زمنيا ودوريا بامتياز[159].

119. لايقتصر التمييز بين العقد الزمني والعقد الفوري على مستوى التكوين، بل أيضا **على مستوى النتائج والآثار المترتبة على كل واحد منهما**؛ ولعل أهمها في نظرنا **سريان نظرية الظروف الطارئة** على العقود الزمنية بالدرجة الأولى. ذلك أن العقد الزمني يعتبر المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[160] دون العقد الفوري إلا إذا كان مؤجل التنفيذ. وهذا ما أشارت إليه المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي المعدل عام 1942، والذي جاء فيه "في العقود المستمرة أو الدورية أو المؤجلة التنفيذ إذا أضحى التزام أحد المتعاقدين مرهقا إرهاقا فاحشا بسبب حوادث استثنائية لا يمكن توقعها. فلهذا المتعاقد أن يطلب فسخ العقد، ويسقط هذا الطلب إذا تقدم الطرف الآخر بقبول تسوية عادلة وفقا لأحكام المادة 1458 مدني إيطالي"[161].

فالمعقود عليه في عقد الإيجار وعقد التوريد هو شيء يقاس بالزمن ولكنه يقاس في عقد الإيجار بالزمن طبيعة، ويقاس في عقد التوريد بالزمن اتفاقا.
عبد المنعم فرج الصدة: مرجع سابق؛ ص:73 و 74.

[159] عبد الرحمان الشرقاوي: عقد الاشتراك المائي بين مفهوم الملك العمومي للماء وهاجس حماية المستهلك، الطبعة الأولى 2017.

[160] عرف بعض الفقه نظرية الظروف الطارئة كما يلي: "في العقود المتراخية التنفيذ أي التي يمتد تنفيذها في الزمن كعقد التوريد إذا طرأت ظروف استثنائية غير متوقعة تجعل تنفيذها بالصورة التي تم الاتفاق عليها مرهقا ومؤديا إلى إلحاق خسارة فادحة بأحد المتعاقدين يجب أن يباح إعادة النظر في الالتزامات المترتبة على العقد لتعديلها بما يرجع الإرهاق ويحول دون الخسارة الفادحة".
جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام؛ مصادر الالتزام/ الكتاب الأول؛ دار النهضة العربية؛ 1976.

[161] « Contratto con prestazionicorrispettive.

1.Neicontratti a esecuzionecontinuata o periodicaovvero a esecuzionedifferita, se la prestazione di una delle parti è divenutaeccessivamenteonerosa per il verificarsi di avvenimentistraodinari e imprevedibili, la parte chedeve tale prestazionepuodomandare la risoluzionedelcontratto, con glieffettistabilitidall'art. 1458 (att. C. 168). » Codice civile e leggicollegate ; ZANICHELLI/2008; P:256.

وإذا كان المشرع المغربي لم يتطرق لنظرية الظروف الطارئة بشكل صريح[162]، فإن القضاء المغربي تعرض لها في العديد من المناسبات، وإن كان موقفه يختلف بين القضاء الإداري والقضاء العادي.حيث إن القضاء الإداري أقر بنظرية الظروف الطارئة منذ وقت مبكر من القرن الماضي، بمقتضى قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 22 يوليوز 1941، تتعلق وقائعه بنزاع نشب منذ أواسط الثلاثينات من هذا القرن بين بلدية سلا ومقاولة خاصة متخصصة في إنجاز أشغال تتصل بمجاري عمومية.

في مقابل هذا الاتجاه في مجال القضاء الإداري، فإنه في مجال القانون الخاص يتضح استبعاد القضاء العادي لنظرية الظروف الطارئة، مثله في ذلك مثل القضاء الفرنسي قبل أن يقررها المشرع الفرنسي بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 كما سنرى لاحقا، فهو مستقر على أن الالتزامات التعاقدية المقامة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئيها.

باختصار، فإن القضاء العادي المغربي **يميز بين الاستحالة المطلقة** التي تعترض تنفيذ العقد، حيث تقضي بانقضاء العقد تطبيقا لأحكام القوة القاهرة تطبيقا للفصل 268 من ق.ل.ع.م[163]، **ومجرد الصعوبة المادية أو الاقتصادية**[164]، حيث تستلزم المحاكم

[162] في مقابل المشرع المغربي الذي لم يتطرق لهذه النظرية، فإن الفقه الإسلامي أخذ بها يسمى بنظرية الجوائح؛ وفي هذا الصدد ذهب الفقهي ابن جزي إلى أن من اشترى ثمرا فأصابته جائحة فإنه يوضع عنه من الثمن مقدار ما أصابته الجائحة خلافا لهما، وإنما يوضع بشرطين:

أحدهما: أن تكون الجائحة من غير فعل بني أدم كالقحط، وكثرة المطر، والبرد، والريح، والجراد وغير ذلك. واختلف في الجيش والسارق.

الثاني: أن تصيب الجائحة ثلث الثمر فأكثر. وقال أشهب ثلث قيمتها، فإن أصابت أقل من الثلث لم يوضع عن المشتري شيء، وإذا أصابت الثلث فأكثر لزم المشتري قيمتها بعد حط ما أصابت الجائحة وها هنا.

فروع أربعة: الفرع الأول: إذا كانت الجائحة من العطش فيوضع قليلها وكثيرها سواء بلغت الثلث أم لا.

الفرع الثاني: إذا كانت الجائحة في البقل فيوضع قليلها وكثيرها. وقيل: هو كسائر الثمار يوضع منه الثلث فما فوق.

الفرع الثالث: إذا بيع زرع بعد أن يبس، واشتد أو ثمر بعد تمام صلاح جميعه واستحقاقه للقطع، ولم يكن في تبقيته فائدة، ثم أصابته جائحة لم يوضع منها شيء.

الفرع الرابع: إذا كان المبيع من الثمار أجناسا مختلفة كالعنب والتين في صفقة واحدة فأصابت الجائحة صنفا منها وسلم سائرها، فجائحة كل جنس معتبرة بنفسه، فإن بلغت ثلثه وضعت، وإن قصرت عنه لم توضع. وقال أصبغ: يعتبر بالجملة، فإن كانت الجائحة ثلث الجميع وضعت وإلا فلا.

أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي: القوانين الفقهية؛ ضبطه وصححه محمد أمين الضناوي؛ دار الكتب العلمية/ بيروت؛ طبعة 2006؛ ص:196.

[163] محمد الكشبور: نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة من وحي حرب الخليج؛ مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء؛ الطبعة الأولى/ 1993؛ ص:25.

[164] محمد الكشبور: نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة من وحي حرب الخليج؛ مرجع سابق؛ ص:101.

المغربية تنفيذ العقد، وتمتنع الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، من ذلك قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 13 يناير 1950، الذي جاء فيه بأنه "لا يجوز تعطيل القوة الملزمة للعقد بدعوى أن الالتزامات الناتجة عنه قد أصبحت باهضة التكليف نتيجة لظروف استثنائية غير متوقعة...".

120. زد على ذلك، فإنه يترتب عن اعتبار عقد ما بأنه زمني ما يلي:

- **عدم انسحاب آثار الفسخ في العقد الزمني على الماضي**[165]، لأن ما نفذ من العقد لا يمكن إعادته. وهذا يرجع إلى كون الفقه أجمع على أنها وحدها العقود الفورية ينسحب آثر الفسخ فيها على الماضي، حيث يمكن إرجاع الأطراف المتعاقدة إلى الوضعية السابقة على عملية التعاقد ما دام ذلك ممكنا، في حين أنه في العقود المستمرة فإن إقرار الفسخ قد يحصل أثناء تنفيذ العقد، الأمر الذي يصعب مأمورية إرجاع الأطراف للوضع السابق.

- **عدم إمكانية اعتماد وسيلة الدفع بعدم التنفيذ في العقد الزمني** مقارنة بالعقد الفوري؛ ما دام أن القاعدة تفرض على الملتزم بالتزام مستمر أن يقوم بتنفيذ التزامه أولا، ومن ثم فهو لا يستطيع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ على الأقل في هذه المرحلة، أي بالنسبة لأول أداءين متقابلين.

- **الإعذار** يعتبر شرطا أساسيا لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ فيما يتعلق بالعقد الفوري، في الوقت الذي لا يعتبر أمرا لازما فيما يخص العقود الزمنية، على اعتبار أن التأخر في تنفيذ التزام ما لا يمكن تداركه لفوات الوقت، ومن ثم لا تكون هناك أي جدوى من إعذار الطرف الآخر.

---

165 MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P :97.

المطلب الثالث: العقود المحددة والعقود الاحتمالية

121. من التصنيفات المؤسسة أيضا على طبيعة العقد، تلك التي تميز بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية. **فالعقد المحدد** هو الذي يستطيع فيه كلا المتعاقدين أن يحددا وقت تمام العقد قيمة الأداء فيه وتعيين قيمته منذ البداية على وجه ثابت، أي أن كل متعاقد يستطيع معرفة مقدار ما يعطيه وما يأخذه[166]؛ كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع، حيث يستطيع البائع معرفة الثمن الذي سيأخذه، في الوقت الذي يمكن فيه للمشتري هو الآخر معرفة المبيع الذي يكون محددا عند إبرام عقد البيع، أو على الأقل قابلا للتحديد تحت طائلة بطلان العقد.

أما العقد الاحتمالي، فهو العقد الذي يتوقف فيه مقدار الأداء الواجب على أحد المتعاقدين على تحقق أمر غير محقق الحدوث، أو غير معروف في أي وقت يقع أو يحدث[167]؛ ومن ثم، فإن كل طرف من أطراف العقد الاحتمالي لا يستطيع أن يحدد وقت تمامه وانعقاده القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى، على اعتبار أن ذلك متوقف على أمر احتمالي غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله؛ من قبيل ذلك التأمين ضد السرقة أو الحريق.

122. تبرز الأهمية العملية للتمييز بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية على مستوى النتائج القانونية التالية:

أولا: ينحصر تطبيق نظرية الغبن بالنسبة للعقود المحددة دون العقود الاحتمالية[168]؛ ذلك أن هذه الأخيرة تقوم على أساس احتمال حصول تفاوت كبير بين التزامات أطراف العقد.

[166] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; op.cit ; P :22.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P :94.

[167] ياسين محمد الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني؛ الجزء الأول: مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان؛ 2011؛ ص:66.
GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; op.cit ; P :22.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P :95.

[168] FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : droit civil ; les obligations, l'acte juridique ; 13ème édition ; Dalloz/ Paris ; 2008 ; P :68.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:96.

ثانيا: تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود المحددة دون العقود الاحتمالية بالنسبة للتشريعات التي اعتدت بهذه النظرية، مادام أن طبيعة العقود الأخيرة، أي الاحتمالية، تقوم على أساس احتمال تعرض أحد المتعاقدين إلى خسارة فادحة كما يمكنه أن يكسب ربحا كبيرا.

المبحث الثالث: التصنيف القائم على أساس آثار العقد

123. من التصنيفات المهمة التي يعتمدها الفقه أيضا، يمكن أن نشير إلى ذلك التصنيف القائم على أساس آثار العقد؛ حيث يميز الفقه بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين (المطلب الأول)، إلى جانب تمييزهم بين عقود المعاوضة وعقود التبرع (المطلب الثاني)، وأخيرا بين العقود الفردية والعقود الجماعية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين

124. يذهب الفقه عند تصنيفه للعقد المبني على أساس آثاره، إلى إعطاء أهمية خاصة للتمييز بين العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد[169]. **فالعقد الملزم للجانبين** contrat synallagmatique، هو الذي ينشىء التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، ذلك أن كل متعاقد يكون دائنا ومدينا في نفس الوقت. والأمثلة على ذلك كثيرة، منها عقد البيع، حيث إن البائع ملزم بتسليم الشيء المبيع مقابل تمتعه بحق المطالبة بتسلم الثمن، كما أن المشتري ملزم بدفع الثمن مقابل حقه في المطالبة بتسلم المبيع. أي أن كلا من البائع والمشتري يظهر في عقد البيع بمثابة دائن ومدين في نفس الوقت.

أما العقد الملزم لجانب واحد contrat unilatéral، فهو الذي لا ينشىء التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين دون الآخر، حيث إن أحدهما يكون دائنا غير مدين، بينما الطرف الآخر يكون مدينا لا دائنا، كما هو الشأن بالنسبة للهبة، حيث إن الواهب يعتبر مدينا للموهوب له بتسليمه محل الهبة، في الوقت الذي يكون فيه هذا الأخير متحلل من أي التزام مقابل تمتعه بحق الدائنية في مواجهة الواهب، بحيث يحق له أن يطالبه

[169] كان القانون الروماني يعرف ما يسمى **بالعقد الملزم لجانبيين غير التام** Contrat synallagmatique imparfait، كعقد وسط بين العقد الملزم لجانبيين والعقد الملزم لجانب واحد؛ في حين أن الصواب يقتضي منا القول بأن العقد الملزم لجانبيين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد، أما ما نشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن، فإنه لم ينشأ من العقد وإنما من مصدر آخر.

بتسليمه الشئ الموهوب.

وينبغي عدم الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد **والتصرف القانوني الصادر من جانب واحد،** حيث إن هذا الأخير يتم فقط بإرادة منفردة كما هو الشأن بالنسبة للوصية[170]، بينما العقد الملزم لجانب واحد هو كسائر العقود لا يتم إلا بتلاقي إرادتي المتعاقدين وتطابقهما.

125. عموما، فإن أهمية التمييز بين العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، تبرز على مستوى النتائج التالية:

أولا: إمكانية استعمال الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد[171]. ونرى أن هذه النتيجة تعتبر أمرا طبيعيا ومنطقيا، مادام أنه في النوع الثاني من العقود يوجد فقط طرف واحد هو الذي يقع عليه تنفيذ الالتزامات موضوع هذا العقد، وبالتالي فإنه لا يمكن تصور التمسك بوسيلة الدفع من قبل الطرف الآخر الغير المتحمل أصلا بأي التزام.

وقد نص المشرع المغربي على جواز التمسك بهذه الوسيلة بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين فقط بمقتضى الفصل 235 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما، حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولا".

ثانيا: إمكانية اللجوء إلى ممارسة دعوى الفسخ بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد[172]؛ حيث إن الغاية من طلب فسخ العقد هو تخلص أحد الأطراف من الالتزام المقابل الذي يقع عليه، وهو الأمر الذي لا يمكن تصوره بالنسبة

170JUBAULT Christian : Droit civil; les successions, les libéralités ; 2ème édition/ MONTCHRESTIEN/2010; P:499.

171 MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:90.

172 MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P :90.

للعقد الملزم لجانب واحد، حيث إن الدائن في هذا النوع من العقود ليس له أي فائدة من إيقاع الفسخ.

ثالثا: عدم إمكانية تصور التحمل بالضمان للعيب في العقود الملزمة لجانب واحد، لكونها أشبه بتصرفات التبرع التي لا ضمان فيها، بخلاف الأمر بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين.

المطلب الثاني: عقود المعاوضة وعقود التبرع

126. ارتأينا أن نتناول هذا المطلب في فقرتين، نتناول في الأولى تحديد ماهية هذه العقود (أولا)، أما في الفقرة الثانية فإننا سنقف على النتائج المترتبة على هذا التمييز (ثانيا).

أولا: تحديد ماهية عقود المعاوضة وعقود التبرع

127. عقد المعاوضة contrat à titre onéreux هو العقد الذي يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضا لما أعطاه[173]، ويعطي مقابلا لما يأخذه؛ ومن قبيل ذلك عقد البيع، الذي يلتزم فيه البائع بتسليم الشيء المبيع مقابل أخذه للثمن، في المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن كعوض لتسلمه المبيع. بل إن غالبية العقود تدخل ضمن دائرة المعاوضة، من قبيل الكراء، والشغل، والقرض والمقاولة.

تنبغي الإشارة إلى ملاحظة في غاية الأهمية، **هو أنه ليس من الضروري أن يكون عقد المعاوضة عقدا ملزما لجانبين**[174]؛ من قبيل ذلك الوعد بالبيع أو الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد، للبائع بالنسبة للنوع الأول وللمشتري بالنسبة للنوع الثاني؛ ذلك أن عقد الوعد هذا يعتبر من عقود المعاوضة، على اعتبار أن سبب التزام الواعد، سواء بالبيع أو بالشراء، هو احتمال انعقاد البيع في المستقبل، مع ما سيترتب عن ذلك من التزامات

[173] FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : droit civil ; les obligations, l'acte juridique ; op.cit ; P :67.
[174] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; op.Cit ; P:19.

متبادلة؛ أي أن نية الواعد لا تتجه إلى التبرع.

أما عقد التبرع contrat à titre gratuit، فيقصد به العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطاه[175]، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه؛ أو بعبارات أخرى، هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضا لما أعطاه؛ ومن أهم الأمثلة المتعلقة بهذا النوع من العقود، نذكر عقد الهبة والوديعة؛ ففي عقد الهبة فإن الواهب يلتزم بدفع الشيء محل الهبة دون أن يأخذ أي مقابل مادي عن ذلك؛ وأيضا في عقد الوديعة التي تعتبر بدون أجر كقاعدة عامة، كما يتضح لنا من خلال الفصل 790 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر، ومع ذلك يستحق المودع عنده أجرا إذا كان قد اشترطه صراحة، أو إذا ظهر من ظروف الحال وعرف المكان، أن المتعاقدين قد قصدا ضمنا منح المودع عنده أجرا معينا. وتكون هذه القرينة قانونية إذا كان من عادته تسلم الودائع بأجر".

ثانيا: النتائج المترتبة عن تمييز عقود المعاوضة عن عقود التبرع

128. تبرز الأهمية العملية للتمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، إن على مستوى التكوين والانعقاد، أو على مستوى الآثار؛ ويمكن تلخيص أهم النتائج فيما يلي:

أ: على مستوى تكوين العقد، فإن مختلف التشريعات تتطلب في عقود المعاوضة أهلية أداء أقل من الأهلية المتطلبة بالنسبة لعقود التبرع[176]؛ ذلك أن المتبرع ينبغي أن يتوفر على الأهلية الكاملة، مادام أن هذا التصرف يحتمل من الناحية المادية أن يكون ضارا بالنسبة له، بينما المتبرع له لا تتطلب التشريعات توفره على الأهلية الكاملة –مادام أن التصرف نافع له نفعا محضا–؛ أما بالنسبة لعقود المعاوضة فيكفي أن يكون الشخص ناقص الأهلية، مادام أنها دائرة بين النفع والضرر، وإن كانت متوقفة على إجازة نائبه

[175] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:91.

[176] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; op.Cit ; P:20.
LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; p:64.

الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور وفي الحدود المخولة لكل نائب شرعي.

على مستوى تكوين العقد دائما، فإنه يمكن تصور وقوع الغبن بالنسبة لعقود المعاوضة دون عقود التبرع، مادام أن هذه الأخيرة تتم دونما مقابل، في حين أن الغبن يتطلب أن يكون هناك تباين وتفاوت فاحش بين قيمة ما حصل عليه أحد المتعاقدين وبين ما أخذه.

ب: على مستوى المسؤولية، فبخلاف الوضع بالنسبة لعقد المعاوضة فإن الملتزم في عقد التبرع تكون مسؤوليته أخف[177]، كما هو الشأن بالنسبة للواهب مقارنة بالبائع. والسبب في ذلك، هو أن المعاوض يأخذ مقابلا لما يعطي، في حين أن الواهب يعطي فقط ولا يأخذ. ولذلك، فإن الواهب، بخلاف الأمر بالنسبة للبائع، لا يتحمل بالضمان بصفة عامة، سواء كان يتعلق بضمان الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية.

المطلب الثالث: العقود الفردية والعقود الجماعية

129. تناول جانب مهم من الفقه الفرنسي[178] هذا التمييز ضمن قائمة التصنيفات التي ظهرت بعد صدور مدونة نابليون؛ فالعقد الفردي هو الذي تقتصر آثاره القانونية، طبقا لمبدأ نسبية آثار العقود، على الأطراف الذين وافقوا عليه، سواء كان الطرف الموجب أو القابل واحد أو متعدد. في حين يقصد بالعقد الجماعي Contrat collectif ذلك النوع من العقود الذي تمتد آثاره إلى أشخاص آخرين لم يوافقوا عليه. والمثال الأبرز على ذلك الاتفاقيات الجماعية في ميدان الشغل، التي تبرمها النقابة بالنيابة عن الأجراء، فبنود هذا العقد تعد ملزمة للجميع بما في ذلك الأقلية التي عارضته.

130. لعل أهمية التمييز بين هاذين النوعين من العقود **تبرز على مستوى الآثار المترتبة عن كل منهما**؛ فالعقد الفردي لا تنصرف آثاره إلا بالنسبة للمتعاقدين إضافة إلى الخلف العام والخلف الخاص وفق الشروط المحددة طبقا لمبدأ نسبية العقد؛ في حين أن آثار العقد الجماعي تنصرف إلى الذين أبرموا العقد وإلى كل شخص معني بهذا العقد، كما هو الشأن بالنسبة للأجراء الملزمون بالاتفاقية الجماعية المبرمة من قبل النقابة، أي أنه يسري حتى على الذين عارضوا إبرامه.

---

[177] FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : droit civil ; les obligations, l'acte juridique ; op.cit; P:67.
[178] FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : droit civil ; les obligations, op.cit ; P:72.

المبحث الرابع: تصنيف العقود على أساس القواعد المطبقة عليها

131. ارتأينا تقسيم هذا التصنيف إلى نوعين، الأول هو التصنيف القائم على أساس التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة (المطلب الأول)، بينما يرجع الثاني إلى التمييز بين العقود المدنية والعقود التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقود المسماة والعقود غير المسماة

132. من بين التقسيمات التي يطلقها الفقه على العقود بوجه عام تمييزه بين العقود المسماة والعقود غير المسماة[179]. والمقصود بالأولى هي العقود التي سماها المشرع وخصص لها مجموعة من النصوص أو المواد التي تنظم أحكامها، **بينما المقصود بالعقود غير المسماة** هي التي أغفل المشرع وضع أحكام خاصة بها[180].

133. إذا كان المشرع المغربي لم يقم بتعريف العقد المسمى والعقد غير المسمى، فإن هناك بعض التشريعات التي قامت بتعريفهما؛ من ذلك ما ذهب إليه قانون الموجبات والعقود اللبناني، وذلك بمقتضى المادة 175 منه، التي جاء فيها: "تكون العقود مسماة 'أو غير مسماة' (حسبما جاء في الأصل الفرنسي للنص) حسبما يكون القانون قد وضع أو لم يضع لها تسمية وشكلا معينين. وتطبق القواعد المقررة في القسم الأول من هذا القانون

---

[179] BENABENT Alain : Droit civil, les obligations, 3ème édition, MONTCHRESTIEN/ Paris, 1991, P:11.
BENABENT Alain : Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 3ème édition/1997, P:2.
DELEBECQUE Philippe et PANSIER Frédéric-Jérome : Droit des obligations, contrat et quasi contrat, Op.cit, P:12.
MALINVAUD Philippe : Droit des obligations, les mécanismes juridiques des relations économiques, op.cit, P:40.
أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص:167.
محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا. دار النهضة العربية، القاهرة/ 1980، ص:108.

[180] MOUMMI Saad : Droit civil, droit des obligations en droit comparé français et marocain, op.cit ,P:37.
يرى بعض الفقه أن العقود المسماة هي عقود تقليدية، عرفها الناس منذ القدم ومارسوها وكثر تداولها بينهم فأصبحت قواعدها مستقرة توارثتها العصور كعقود البيع والمقايضة والإجارة والوكالة.
علي مصباح إبراهيم: العقود المسماة (البيع، الإيجار، الوكالة)، دار بلال للطباعة والنشر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص:7.
ونرى أن هذا الرأي يفتقد للصواب، على اعتبار أن كثير من العقود بالرغم من قدمها لم يتناولها المشرع بالتنظيم، في حين أن البعض الأخر قام بوضع العديد من الأحكام له بل إنه فصلها بشكل معمق بالرغم من حداثتها.

(أي القواعد المتعلقة بالالتزامات بوجه عام) على العقود المسماة وغير المسماة. أما القواعد المذكورة في القسم الثاني (أي القواعد المتعلقة بالعقود المسماة) فلا تطبق على العقود غير المسماة إلا من قبيل القياس وبالنظر إلى التناسب بينها وبين العقود المسماة المعينة"[181].

134.ويجمع الفقه[182] **على أن أهمية هذا التصنيف تبرز على مستوى التكييف**، ومن ثم على مستوى الأحكام التي ينبغي أن تطبق على كل عقد. فالقاضي يكون ملزما بداية بتكييف العقد، أي إضفاء الوصف القانوني على العملية التعاقدية في ذلك. وكما هو معروف لدى فقه القانون المدني عموما أن القاضي غير ملزم بالتكييف الذي يعطيه الأطراف للعقد، وإنما العبرة بالوصف الحقيقي وفقا لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. ثم ينبغي على القاضي أن يقوم بالملاءمة بين تلك الإرادة وبين طبيعة كل عقد من العقود المسماة بهدف إلحاقه بإحداها ليطبق عليها الأحكام الواردة في شأنه.

أما في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بالصنف الثاني من العقود، أي العقود غير المسماة كما هو الشأن بالنسبة لعقد الفندقة كنموذج للعقد السياحي[183]، فإن القاضي يطبق المبادئ العامة ويسعى إلى الملاءمة بينها وبين الغرض الذي يهدف إليه المتعاقدان. ولا يمكنه الوصول لذلك إلا بالبحث عن القصد الحقيقي لهؤلاء لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ[184] كما ورد النص عليه في الفصل 462 من ق.ل.ع.م.

135. كما لا تقتصر أهمية هذا التصنيف، في نظرنا، على مستوى التكييف[185]، وإنما يتعداه **لما ينطوي عليه العقد غير المسمى من مخاطر على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية**، في الوقت الذي ينطوي العقد المسمى على كثير من الفوائد بالنسبة لهذا الأخير في مواجهة المحترف المهني. ذلك أن المشرع حينما يتدخل في تنظيم عقد معين، فإنه يأخذ بعين الاعتبار علاقات لا يستطيعون أو لا يحسنون وحدهم تنظيمها.

---

[181] أشار لهذا التعريف الدكتور أحمد ادريوش في مؤلفه: مدخل لدراسة قانون العقود المسماة؛ الكتاب الخامس من سلسلة المعرفة القانونية؛ البوكيلي للطباعة والنشر والتوزيع/القنيطرة؛ 1995؛ ص:18.

[182] MALAURIE Philipe et AYNES Laurent : Les contrats spéciaux, Op.cit, P:8.
BENABENT Alain : Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op.cit, P:4.

[183] BERNARD Bernis : Dépôt d'hôtellerie dans la législation française actuelle, Op.cit, P:24.

[184] محمد شيلح: سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد، مرجع سابق، ص:240.

[185] MALAURIE Philipe et AYNES Laurent : Droit civil, Tome VI, les obligations, édition 1994/1995, éditions CUJAS, Paris, P:171.

نتيجة لهذا الاعتبار، فإن المشرع تدخل ليحدد بتفصيل مضمون كل عقد من العقود المسماة بتحديد الالتزامات الناشئة عنه، عن طريق قواعد قانونية، لم يفرضها على المتعاقدين بل خول لهم إمكانية استبعادها، ومن ثم لهم صلاحية تحديد مضمون العقد خلافا للتنظيم الذي وضعه المشرع لهم. وهذا أمر مقبول لدى فقهاء القانون المدني، على اعتبار أن هذه القواعد تصنف في دائرة القواعد المكملة.

المطلب الثاني: العقود المدنية والعقود التجارية

136. إن التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية، لا نقصد بها أننا أمام صنفين مستقلين من العقود، **وإنما هي تفرقة بين صنفين لذات العقود**، على اعتبار أن نفس الصنف من العقود قد تثبت له الصفة المدنية أو الصفة التجارية؛ ذلك أن عقد البيع قد يكون مدنيا كما قد يكون تجاريا إذا اكتسب الصفة التجارية.

137. وتبرز أهمية هذا التصنيف على مستوى القواعد القانونية التي تطبق على كلاهما؛ ذلك أن ثبوت الصفة التجارية لعقد ما، يترتب عنه عدم إمكانية تطبيق بعض قواعد القانون المدني المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود المغربي، وإنما تطبق عليه أحكام مدونة التجارة، كما يتضح لنا من الجدول التالي:

أوجه الخلاف على مستوى القواعد المطبقة على العقود التجارية والعقود المدنية	
أولا: حرية الإثبات في العقود التجارية	138. بمعنى أن القاعدة في العقد التجاري هي حرية الإثبات، بحيث يجوز الإثبات في هذا النوع من العقود بكافة طرق الإثبات مهما كان المبلغ المتنازع بشأنه. وقد نصت على هذه القاعدة المادة 334 من مدونة التجارة المغربية، التي جاء فيها "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات. غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك". في حين أنه في مجال العقود المدنية، فإن القاعدة هو تقييد حرية الاثبات، كما يتضح لنا من خلال الفصل 443 من ق.ل.ع. كما تم تعديله بمقتضى القانون رقم 53.05، الذي جاء فيه "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها

	حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية".
ثانيا: افتراض التضامن في العقود التجارية بخلاف العقود المدنية	139. القاعدة في العقد التجاري هو افتراض التضامن، تطبيقا للمادة 335 من مدونة التجارة، التي جاء فيها "يفترض التضامن في الالتزامات التجارية". بينما القاعدة في العقود المدنية، هو عدم افتراض التضامن، سواء بين المدينين أو الدائنين، مالم يوجد نص خاص أو اتفاق الأطراف أو نتيجة لطبيعة المعاملة، تطبيقا للفصلين 153 و 164 من ق.ل.ع. حيث جاء في الأول ما يلي: "التضامن بين الدائنين لا يفترض، ويلزم أن ينشأ من العقد أو يتقرر بمقتضى القانون أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة". أما الثاني، فقد نص على أن "التضامن بين المدينين لا يفترض، ويلزم أن ينتج صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو من القانون، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة".
ثالثا: إمكانية حوالة الديون المهنية في المادة التجارية	140. نصت على هذه الإمكانية المادة 529 من مدونة التجارة، التي جاء فيها ما يلي: "يمكن لكل شخص طبيعي أثناء مزاولة نشاطه المهني أو لكل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص أو للقانون العام، تحويل كل دين ممسوك على أحد الأغيار، سواء أكان شخصا طبيعيا أثناء مزاولة نشاطه المهني أم كان شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص أو القانون العام، بمجرد تسليم قائمة لمؤسسة بنكية. ينقل التفويت للمؤسسة المفوت لها ملكية الدين المحال سواء مقابل تسبيق كلي أو جزئي لمبلغه أو ضمانا لكل ائتمان سلمته المؤسسة أو ستسلمه للمحيل".

الباب الثاني

تكوين العقد

La formation du contrat

141. من أجل تكوين العقد، فإن مختلف التشريعات والأنظمة القانونية تطلبت العديد من الأركان والشروط اللازمة لصحته (**الفصل الأول**)؛ ومن ثم، فإنه في حالة اختلال ركن من هذه الأركان أو فقدان عنصر من عناصر تكوين العقد، فإن الجزاء القانوني المترتب عن ذلك هو البطلان أو الإبطال (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول: الأركان اللازمة لتكوين العقد

Les éléments de formation du contrat

142. نص الفصل الثاني من ق.ل.ع.م. على ما يلي: "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام؛
2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛
3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام؛
4- سبب مشروع للالتزام".

143. نود التطرق لملاحظتين مهمتين قبل الخوض في مختلف أركان العقد؛ **الملاحظة الأولى** هي أنه تبين لنا من خلال الفصل السالف الذكر أن المشرع المغربي سلك مسلك القانون المدني الفرنسي بمقتضى المادة 1108 عندما اعتبر الأهلية ركنا مستقلا[186]، **في الوقت الذي يرى الاتجاه الغالب في الفقه على أن الأهلية إنما هي شرط من شروط صحة التراضي**، ومن ثم فإننا سنتناولها بمناسبة الحديث عن هذا الركن الأخير(**الفرع الأول**). **ولن يغير من قناعتنا هذه موقف المشرع الفرنسي الحديث بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016، الذي نص على الأهلية كعنصر**

[186] RENAULT-BRAHINSKY Corinne : Droit des obligations ; Gualino éditeur ; 4ème édition/2006 ;P:47.

مستقل عن التراضي كما يتضح من مراجعة أحكام المادة 1128[187].

أما الملاحظة الثانية، فهي أن الفصل الثاني إنما أشار إلى القاعدة العامة[188]، **وإلا فإن هناك العديد من الحالات التي يتوقف فيها قيام العقد على شكلية معينة كما رأينا بمناسبة تصنيف العقود؛** بل إن عنصر الرضائية عرف تراجعا مهما خلال العقدين الأخيرين بالأساس في ظل توسع عنصر الشكلية الذي كان مقتصرا على بعض أنواع العقود[189]. في جميع الأحوال، فإن القاعدة العامة تقضي بأنه لصحة أي عقد، لا بد من توفر ركنين آخرين هما المحل (الفرع الثاني)، والسبب (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ركن التراضي Le consentement

144. لا يكفي لقيام العقد وجود التراضي في حد ذاته الذي يتمثل في اتفاق أو اجتماع الإرادات (المبحث الأول)، بل يتعين أن يكون أيضا صحيحا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: وجود التراضي

145. المقصود بالتراضي هو انصراف إرادة الأطراف إلى إنتاج الآثر القانوني المرغوب فيه؛ أو هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد. أي أنه لقيام التراضي لابد من توفر مجموعة من العناصر الأساسية، التي عبر عنها بعض الفقه[190] بطرح تساؤلين أساسيين يمكن اختزالهما في كيفية حصول التراضي بين أطراف العقد. حيث ينبغي استعمال مجموعة من التقنيات اللازمة لإبرام العقد، والتي تتمثل في الإيجاب (المطلب الأول)، والقبول (المطلب الثاني)، والاقتران أو التطابق الواجب حصوله بينهما (المطلب الثالث).

---

[187] Article 1128 « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
1° le consentement des parties ;
2° leur capacité de contracter ;
3° Un contenu licite et certain ».

[188] ذهب الفقيه الفرنسي مالوري، بمناسبة معالجته للفصل 1108 من القانون المدني الفرنسي المقابل للفصل الثاني من ق.ل.ع، إلى إبداء أربع ملاحظات، أولها –وهي التي تهمنا في هذا المقام– أن الفصل 1108 لا يفرض شكلية معينة، مما يستفاد ضمنيا أن المشرع الفرنسي يأخذ بقاعدة الرضائية كأصل عام.

MALAURIE Ph. Et AYNES L. : droit civil ; les obligations ; op.cit ; P :205.

[189] راجع تفصيلنا لهذه النقطة بمناسبة التمييز بين العقود الرضائية والعقود الشكلية في الفقرة 67 من هذا الكتاب.

[190] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1. L'acte juridique ; op.cit ; P:100.

المطلب الأول: الإيجاب

L'offre

146. عرف بعض الفقه[191] الإيجاب بأنه العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر يتضمن اقتراحا بإبرام عقد معين وفقا لشروط معينة بغية الحصول على قبوله، ومن ثم قيام هذا العقد. أو بعبارات أخرى، فإنه يقصد بالإيجاب ذلك العرض الذي يتقدم به شخص يسمى الموجب باديا رغبته في التعاقد مع شخص آخر يسمى الموجب له[192].

من أمثلته، نذكر العرض المقدم من قبل صاحب المتجر الذي يعرض بيع بضائعه مع تحديد سعرها، وأيضا المكري الذي يعرض كراء شقته مكتوب عليها أجرها، ونفس الشيء بالنسبة للعرض المقدم من قبل سائق سيارة الأجرة أو حافلة النقل، حيث إن وقوفه بمحطته المعتادة يعتبر إيجابا تاما يترتب عن ركوب المسافر قيام عقد النقل.

147. من أجل اعتبار العرض بمثابة إيجاب، فإنه ينبغي أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المقترح إبرامه، فإذا تعلق الأمر بعقد بيع فإنه يتعين بيان أوصاف المبيع وتحديد الثمن. مما يعني أنه إذا لم يشتمل العرض على أهم العناصر الأساسية للعقد، فإنه في مثل هذه الحالة نكون فقط أمام دعوة إلى التعاقد لا ترقى إلى درجة الإيجاب.

ويتعين في الإيجاب أن يكون واضحا ومحددا[193] وأن يشتمل على العناصر الأساسية لموضوع التعاقد، حتى لا يختلط بغيره من العروض القريبة منه التي لا تصل لدرجة الإيجاب (أولا). ويتم التعبير عنه بمختلف صور التعبير صريحة كانت أو ضمنية؛ وعموما فإن هناك أنواع متعددة للإيجاب (ثانيا)، كما أن هناك العديد من الحالات التي يسقط فيها الإيجاب قبل أن يقترن بقبول الطرف الآخر (ثالثا).

---

[191] عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة –دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي– 1984؛ ص:120.

[192] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007 ; p :67.

[193] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007 ; p :69.

أولا: تمييز الإيجاب عن العروض السابقة عن التعاقد

148. لكي يكون العرض المقدم من قبل أي شخص يرغب في التعاقد بمثابة إيجاب، يتعين أن يشتمل على العناصر الأساسية للعقد المحتمل إبرامه؛ ففي عقد البيع ينبغي على الموجب أن يحدد الشيء المبيع والثمن، وفي عقد الإيجار ينبغي تحديد محل الإيجار وأيضا أجرته؛ أما إذا لم يتم تحديد هذه الشروط، فإننا نكون فقط أمام مجرد دعوة إلى التفاوض (أ) أو دعوة للتعاقد (ب).

أ: الإيجاب والدعوة إلى التفاوض

149. كثيرا ما يهدف العرض المقدم من قبل شخص ما إلى مجرد إجراء مفاوضات تمهيدية، **أي ما يسمى بالدعوة إلى التفاوض**،[194] لمعرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الآخر فيما يتعلق بقيمة المبيع ومشتملاته، وذلك من خلال مجموع المناقشات التي تتعلق بموضوع العقد؛ وفي جميع الأحوال، فإن هذه المفاوضات قد تنتهي بإعداد مشروع يمكن أن يتحول احتمالا إلى عقد.

150. ومن ثم، يظهر لنا مدى الاختلاف الواضح بين الإيجاب والمفاوضات التمهيدية؛ ففي الوقت الذي تفتقد فيه هذه الأخيرة لأي تحديد للعناصر الأساسية للعقد المرتقب، فإن ذلك يعتبر مسألة لازمة بالنسبة للإيجاب، كما أن هذا الأخير يعتبر خطوة مباشرة إلى العقد بمجرد صدور القبول من الطرف الآخر[195]، في حين أن الدعوة إلى التفاوض هي مجرد خطوة نحو الإيجاب.

ب: الإيجاب والدعوة للتعاقد

151. تختلف الدعوة إلى التفاوض عن الدعوة للتعاقد، في كون هذه الأخيرة تعتبر الأقرب للإيجاب من الأولى، **على اعتبار أنها تقدم اقتراحا حقيقيا لإبرام عقد محدد**[196]، بخلاف الأمر بالنسبة للمفاوضات التمهيدية التي تسعى فقط إلى فتح نقاش من أجل

---

[194] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P :125.
LABARTHE F. : La notion de document contractuel ; L.G.D.J. 1994.

[195] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:125.

[196] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P:224.

الوصول إلى اقتراحات محددة في شكل مشروع كما تبين لنا في الفقرة السابقة. إلا أن هذا الاقتراح لا يصل لدرجة الإيجاب على اعتبار أنه يكتفي فقط بتحديد نوع العقد دون بيان جميع عناصره الجوهرية والأساسية.

من أمثلته، نشير إلى الإعلانات التي تظهر بشكل يومي في الصحف والجرائد التي تدعو الجمهور إلى التعاقد، كما هو الشأن بالنسبة للإعلانات المتعلقة ببيع عقار مع تحديد مساحته وموقعه فقط، أو بالنسبة للدعوة إلى توظيف إطار معين في مرفق أو مؤسسة ما، حيث غالبا ما يتم تحديد المؤهلات العلمية المتطلبة والامتيازات التي سيستفيد منها الشخص الذي سيحظى بهذا المنصب.

152. ففي جميع هذه الحالات، فإنه لا يترتب عن تلبية الدعوة قيام العقد، على اعتبار أن تلبية الدعوة كما يذهب لذلك جمهور الفقه **هو الذي يعتبر إيجابا** ينبغي أن يقترن بقبول الطرف الآخر، وقد أكد على ذلك المشرع المغربي بمناسبة تناوله لإقامة المزايدة التي تعتبر نموذجا للدعوة إلى التعاقد؛ حيث نص عليها الفصل 32 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "إقامة المزايدة تعتبر دعوة للتعاقد **وتعتبر المزايدة مقبولة ممن يعرض الثمن الأخير**، ويلتزم، هذا العارض بعرضه إذا قبل البائع الثمن المعروض".

ثانيا: أنواع الإيجاب

153. من أجل تحديد دقيق للإيجاب، فإنه ينبغي أولا التمييز بين الإيجاب الصريح والإيجاب الضمني (أ)، وأيضا بين الإيجاب الموجه للجمهور والإيجاب الموجه لشخص واحد (ب)، إضافة إلى ضرورة التمييز بين الإيجاب المقترن بمدة زمنية معينة والإيجاب غير المحدد (ج)؛ وأخيرا يقتضي منا انتشار ظاهرة التعاملات الإلكترونية الوقوف عند الإيجاب الإلكتروني (د).

أ: الإيجاب الصريح والإيجاب الضمني

154. يذهب الفقه[197]، إلى أنه من الصعب تصور إمكانية أن يكون الإيجاب ضمنيا، فهو غالبا ما يكون صريحا، أي معبرا عنه، سواء بطريقة كتابية أو شفوية؛ غير أنه يمكن

[197] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P:222.
MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; op.cit ; P:214.

أن نستشف الإيجاب في بعض الحالات من استعمال الوسائل الضمنية، كما هو الشأن بالنسبة لوقوف صاحب سيارة أجرة في الموقف المخصص لذلك، أو الشخص الذي يعرض بضاعته مكتوبا عليها ثمنها.

أما فيما يخص الإيجاب الصريح، فإنه يتم التعبير عنه بالعديد من الوسائل؛ فهو**إما أن يكون كتابة، أو لفظا، أو إشارة.** فالتعبير الأول هو الأكثر شيوعا بين المتعاقدين الغائبين؛ **أما التعبير اللفظي،** فالفقه مجمع على أن أفضل تعبير هو صيغة الماضي، دون استبعاد صيغ الحال والاستقبال إذا تبين أن نية صاحبها اتجهت بها لا يدع مجالا للشك إلى الرغبة في التعاقد؛ وأخيرا، فإن التعبير قد يتم عن **طريق الإشارة** متى كانت دلالتها واضحة، وتعذر على صاحبها استعمال الكتابة أو اللفظ، كما هو الشأن بالنسبة للأخرس الذي يمكنه التعاقد بإشارته مادام يوجد من يستطيع فك رموزه.

ب: الإيجاب الموجه للجمهور والإيجاب الموجه لشخص محدد

155. يعتبر هذا التمييز من أهم تصنيفات الإيجاب، حيث غالبا ما يتم التمييز بين الإيجاب الموجه للجمهور والإيجاب الموجه لشخص محدد؛ والحقيقة، أن لهما نفس الآثار من حيث المبدأ[198]، كل ما هنالك أن الموجب الذي يوجه إيجابه للجمهور يرتبط بالقابل الأول الذي يعبر عن قبوله؛ وغالبا ما يتم هذا النوع من الإيجاب عندما لا تكون شخصية القابل محل اعتبار، كما هو الشأن بالنسبة لصاحب المحل التجاري الذي يعرض ملابسه للبيع، حيث إن أي شخص يعبر عن قبوله للثمن المكتوب عليها يعتبر قابلا للإيجاب الصادر من التاجر، مما يترتب عنه قيام العقد صحيحا وملزما لطرفيه.

في حين أن الإيجاب الموجه لشخص محدد يترتب عنه ضرورة صدور القبول من هذا الشخص نفسه، لقيام العقد صحيحا[199]؛ وهذا ما ينطبق على الحالات التي يكون فيها العقد قائما على الاعتبار الشخصي، كأن يرغب الموجب في التعاقد مع محام مقبول

[198] MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; op.cit ; P:214.
[199] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P :223.

للترافع أمام محكمة النقض أو مع طبيب مختص في جراحة القلب أو غيرها من الأوصاف ذات الاعتبار الشخصي.

ج: الإيجاب المقترن بمدة زمنية والإيجاب المطلق

156. يمكن أن يكون الإيجاب مقترنا بأجل معين، خلاله يبقى الموجب مقيدا بهذا الإيجاب، ولذلك يسمى هذا النوع **بالإيجاب الملزم**[200]؛ وقد أكد المشرع المغربي على هذا الحكم بمقتضى الفصل 29 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول بقي ملتزما تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل، ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد". وقد ذهب الفقه[201]، إلى أنه كما يمكن أن يكون هذا الأجل محددا من قبل الموجب **بشكل صريح،** فإنه يمكن أن يستشف **بصورة ضمنية** من طبيعة العقد التي تستلزم مدة معينة للتفكير والرد من قبل الطرف المعروض عليه الإيجاب، حيث تكون بمثابة مدة معقولة، تختلف بحسب الظروف.

157. أما الإيجاب غير المقترن بمدة زمنية معينة، أو ما يسمى **بالإيجاب المطلق،** فهو الذي يقع في غالب الأحيان[202]، وبموجبه يكون من حق الموجب الرجوع في إيجابه مادام لم يصدر القبول عن الطرف الآخرتطبيقا للفصل 26 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "يجوز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر".

158. في جميع الأحوال، فإن المشرع المغربي قد ميز بخصوص هذا الأخير بين **الإيجاب الذي يحصل بين حاضرين،** حيث ينبغي أن يتم القبول فور صدور الإيجاب تطبيقا للفصل 23 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "الإيجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد، يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر. ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون"؛ **وبين تعاقد الغائبين،** باستثناء حالة التعاقد

[200] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007 ; p:69.
I QUADERNI dell' ASPIRANTE : Diritto civile ; Edizione Giuridiche SIMONE; 2010, P:142.
[201] MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; op.cit, P:215.
[202] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007 ; p:70.

عن طريق الهاتف، حيث يتوجب صدور القبول داخل مدة معقولة طبقا للفقرة الأولى من الفصل 30 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "من تقدم بإيجاب عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلا، بقي ملتزما به إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول، ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك"؛ تحت طائلة تراجع الموجب عن إيجابه إن لم يتم صدور القبول وفق الطرق المشار إليها في الحالتين معا.

د: الإيجاب الالكتروني

159. في ظل التطور الذي شهدته المعاملات المدنية والتجارية خلال العقود الأخيرة، وما ترتب عنه من غزو الشبكة العنكبوتية لمختلف أنواع المعاملات التعاقدية، كان لزاما على المشرع المغربي أن يتدخل لتنظيم هذا النوع من الطرق التعاقدية، وهو الأمر الذي تم بمقتضى القانون رقم 53.05[203] المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[204].

سنقتصر في هذا المقام على تناول الإيجاب الإلكتروني[205]، **الذي استعمل بخصوصه المشرع المغربي مصطلح العرض بمقتضى هذا القانون**؛ وبغض النظر عن هذه التسمية، فإن القانون الجديد استبعد المقتضيات المتعلقة بالإيجاب الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، وذلك بمقتضى الفصل 2-65 من القانون 53.05 الذي جاء فيه "لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 أعلاه على هذا الباب".

160.بالرجوع للأحكام التي خصصها القانون الجديد للعرض الإلكتروني، الفصلين 3-65 و4-65، نستشف منها أولا اعتراف المشرع المغربي بإمكانية استخدام

[203] ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (الموافق 30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية؛ الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007).

[204] أحمد ادريوش: تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية؛ عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الالتزامات والعقود؛ منشورات سلسلة المعرفة القانونية؛ مطبعة المعرفة القانونية/ 2009.

[205] يتم الإيجاب الإلكتروني بالعديد من الطرق والوسائط الإلكترونية؛ فقد يكون عاما -كما هو الشأن بالنسبة للعروض التي تبثها المواقع التجارية على الشبكة الدولية للمعلومات "الإنترنت"، بينما يكون في البعض الآخر إيجابا خاصا، موجها إلى شخص أو أشخاص بعينهم -مثل عروض التعاقد التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني-. وبالرغم من هذه التفرقة وما يترتب عنها من نتائج قانونية، فإن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أن الإيجاب العام يلزم الموجب تجاه أول من يقبله بالشروط الواردة فيه كما لو كان موجها لشخص محدد.
إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني"؛ مجلس النشر العلمي/ جامعة الكويت؛ 2003؛ ص:88.

الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإيجاب (1)، وثانيا تحديده لشكليات دقيقة لهذا النوع من الإيجاب رغبة منه في حماية المستهلك المحتمل التعاقد معه (2).

1: اعتراف المشرع المغربي بالوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإيجاب

161. نص على هذه الإمكانية الفصل 3-65 من القانون رقم 53.05؛ حيث استهل بها الحديث عن ما سماه العرض، فقد جاء في هذا الفصل ما يلي: "يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود.

يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة المذكورة.

يمكن إرسال المعلومات إلى المهنيين عن طريق البريد الإلكتروني ابتداء من الوقت الذي يدلون فيه بعنوانهم الإلكتروني.

إذا كان من الواجب إدراج المعلومات في استمارة، تعين وضع هذه الأخيرة بطريقة إلكترونية رهن إشارة الشخص الواجب عليه تعبئتها".

2: إخضاع العرض الإلكتروني لشكليات دقيقة

162. نص على هذه الشكليات الفصل 4-65 من القانون رقم 53.05[206]، تحت طائلة عدم اعتبار الاقتراح غير المتضمن للشكليات المشار إليها في هذا الفصل بمثابة عرض، **وإنما يبقى مجرد إشهار لا يصل إلى درجة الإلزام** كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من هذا الفصل.

163. بالرجوع للشكليات المنصوص عليها في الفصل 4-65 نجدها تتمثل فيما يلي، حسب تعبير المشرع المغربي "يتعين على كل من يقترح، بصفة مهنية وبطريقة إلكترونية، توريد سلع أو تقديم خدمات أو تفويت أصول تجارية أو أحد عناصرها، **أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها.**

دون الإخلال بشروط الصحة المنصوص عليها في العرض، فإن صاحب العرض

---

[206] عبد الله ميموني: العرض التعاقدي الإلكتروني في ضوء أحكام القانون رقم 53.05؛ المجلة المغربية للقانون الاقتصادي؛ العدد الثاني/ 2009؛ ص:108.

يظل ملزما به سواء طيلة المدة المحددة في العرض المذكور أو، إن تعذر ذلك، طالما ظل ولوج العرض متيسرا بطريقة إلكترونية نتيجة فعله.

يتضمن العرض، علاوة على ذلك، بيان ما يلي:

1- الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقترحة أو الأصل التجاري المعني أو أحد عناصره؛

2- شروط بيع السلعة أو الخدمة أو شروط تفويت الأصل التجاري أو أحد عناصره؛

3- مختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية ولاسيما الكيفية التي يفي طبقها الأطراف بالتزاماتهم المتبادلة؛

4- الوسائل التقنية التي تمكن المستعمل المحتمل، قبل إبرام العقد، من كشف الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات وتصحيحها؛

5- اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد؛

6- طريقة حفظ العقد في الأرشيف من لدن صاحب العرض، وشروط الاطلاع على العقد المحفوظ إذا كان من شأن طبيعة العقد أو الغرض منه تبرير ذلك؛

7- وسائل الإطلاع، بطريقة إلكترونية، على القواعد المهنية والتجارية التي يعتزم صاحب العرض الخضوع لها، عند الاقتضاء".

ثالثا: سقوط الإيجاب

164. لا يعني صدور الإيجاب من الموجب، أنه بالضرورة سيترتب عن ذلك العرض صدور قبول من الطرف الآخر، مع ما يترتب عن ذلك من نشوء عقد صحيح، بل إن هناك **العديد من الحالات التي يسقط فيها الإيجاب**[207]، **دون أن يحدث الآثر المقصود من صدوره في البداية**؛ لعل أهمها يتمثل فيما يلي:

- سقوط الإيجاب بإرادة الموجب، وهذا ما يتحقق في الحالات المشار إليها سلفا، بمناسبة الحديث عن أنواع الإيجاب؛
- حالة رفض الشخص الموجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمنا؛
- حالة تعديل الإيجاب من قبل الشخص الموجه إليه، تطبيقا للفصل 27 من

[207] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; p :127.

ق.ل.ع. الذي اعتبر الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقيد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا؛

- حالة صدور القبول بعد انقضاء الأجل المحدد لبقائه متى كان الإيجاب مرتبطا بمدة معينة، أو بعد مرور المدة المعقولة لوصول المراسلة العادية متى تعلق الأمر بتعاقد بين غائبين؛
- حالة انفضاض مجلس العقد دون صدور قبول من الشخص المفترض أنه القابل؛
- حالة موت الشخص الموجه إليه الإيجاب، إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد، كما هو الشأن بالنسبة للمحامي أو الطبيب؛
- حالة موت الموجب أو نقص أهليته إذا طرأ ذلك بعد إرسال إيجابه، وعلم بذلك الشخص الموجه إليه إيجابه قبل موافقته، كما يستشف من مفهوم المخالفة للفصل 31 من ق.ل.ع[208].

المطلب الثاني: القبول

L'acceptation

165. يقصد بالقبول ذلك التعبير الصادر من الشخص الموجه إليه الإيجاب كدلالة على أنه راغب بشكل جدي في العرض المقدم إليه من قبل الموجب شريطة أن يكون هذا القبول مطابقا للإيجاب مطابقة تامة[209]. ويذهب الفقه[210]، إلى أنه يشترط في القبول أن يكون واضحا، وحرا، حيث إن الشخص الموجه إليه الإيجاب يجب أن يكون في مقدوره قبول الإيجاب أو رفضه أو إهماله مع يترتب عن ذلك من سقوطه كما رأينا سلفا.

من جهة أخرى، فإن القبول قد يكون صريحا أو ضمنيا، بل إن السكوت قد يكون في بعض الحالات بمثابة قبول كما سنتناول ذلك (ثانيا)، بعد التطرق للمقتضى الحمائي

[208] نص الفصل 31 من ق.ل.ع. على ما يلي "موت الموجب أو نقص أهليته إذا طرأ بعد إرسال إيجابه، لا يحول دون إتمام العقد إن كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته".

[209] لقد أورد الفقه مجموعة من التعاريف للقبول، يمكن أن نقتصر على بعضها فقط:

"القبول هو التعبير الصادر عن الشخص الموجه إليه الإيجاب كدلالة على أنه راغب في العرض الذي اقترحه الموجب عليه".

عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، مرجع سابق؛ ص:65.

"القبول هو التعبير الجدي عن إرادة العاقد الذي وجه إليه الإيجاب والمتضمن الموافقة التامة على ذلك الإيجاب".

راجع أيضا في هذا الصدد مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ مرجع سابق؛ ص:58.

[210] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit; P:226.

MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; op.cit ; P:217.

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD J. et CHABAS François: Leçons de droit civil; Op.cit; P:132.

الذي خصه المشرع المغربي لمتلقي العرض الإلكتروني (أولا).

أولا: حماية متلقي العرض الإلكتروني

166.لا يختلف تعريف القبول الإلكتروني عن ذلك الذي أشرنا إليه أعلاه بخصوص القبول بوجه عام؛ كل ما هنالك أنه يتم بوسائط إلكترونية وعن بعد[211]، على غرار الإيجاب الذي يتم بهذه الطريقة؛ ومن ثم، فإنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به، والتي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

167. ونرى أن هذه القواعد تهدف في مجملها إلى**حماية متلقي العرض الإلكتروني**؛ لذلك فإن المشرع المغربي من خلال القانون رقم 53.05 جاء ببعض المقتضيات التي **تجعل قبوله متزنا وفيه قدر مهم من التروي**، كما يتضح لنا من أحكام الفقرة الثانية من الفصل 5-65 التي جاء فيها:"يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله".

ثانيا: دلالة السكوت

168. ينبغي التمييز أولا بخصوص هذه الإشكالية **بين السكوت والتعبير الضمني**؛ ذلك أن السكوت هو مجرد وضع سلبي[212]، بينما التعبير الضمني هو وضع إيجابي يستفاد من بعض الوقائع كما سبق أن رأينا ذلك في العديد من الأمثلة. الأمر الذي يقتضي منا البحث عن دلالة السكوت.

وما دام أن الإرادة تعتبر بمثابة عمل إيجابي، فإنه لا يمكن تصور أن يتم التعبير عنها بواسطة السكوت الذي يعتبر مجرد وضع سلبي كما بينا ذلك أعلاه؛ وبناء عليه، فإنه لا يمكن أن يعبر عن الإيجاب بالسكوت، لأن هذا الأخير عدم، والعدم لا

---

[211] إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق؛ ص:93.

[212] GHESTIN Jacques : Traité de droit civil ; la formation du contrat ; op.Cit ; P:358.

يستشف منه أي شيء.

169. بخلاف الوضع بالنسبة للإيجاب، فإن السكوت في القبول إذا كان لا يعتد به كقاعدة عامة **تطبيقا للمقولة المشهورة "لا ينسب إلى ساكت قول"**، ومن ثم لا يمكن أن يكون بمثابة قبول، فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناء مهم، وهو المتعلق بحالة السكوت **الذي يكون ملابسا**[213]، أو بما يعبر عنه الفقه **بكون السكوت يعتبر في معرض الحاجة إلى البيان قبولا** للعقد أو العرض؛ وهذا الحكم مستمد من قواعد الفقه الإسلامي، وعنه أخذت بعض التشريعات العربية كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الأردني، الذي نص في مادته 95 على ما يلي: "لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولا"؛ وهذه القاعدة تشبه إلى حد كبير المادة 97 من مجلة الأحكام العدلية، التي جاء فيها: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان. يعني أنه لا يقال لساكت أنه قال كذا، لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان"[214].

170. بالرغم من عدم تنصيص قانون الالتزامات والعقود المغربي على هذه القاعدة بشكل مباشر، فإنه يمكن استنتاجها من مقتضيات الفصول25 و28 و38 منه؛ حيث جاء في الشق الثاني من الفصل 25 ق.ل.ع. ما يلي: "...، **ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول،** إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين". أما الفصل 28 من ق.ل.ع. فقد نص على ما يلي: "يعتبر الرد مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله 'قبلت' أو نفذ العقد بدون تحفظ".

---

[213] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007 ; p:71.
LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P:233.

[214] تعتبر قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول، قاعدة كلية قالها الإمام الشافعي، ونقلت عنه في كتب الأشباه والنظائر وفي مجلة الأحكام العدلية ثم بعد ذلك انتقلت إلى العديد من التشريعات العربية؛ ولعل من أهم التعليقات التي وجدتها في كتب الفقه، تلك التي أشار إليها الدكتور صبحي محمصاني؛ ولرصانة ما كتبه هذا الباحث، ارتأيت الإشارة إليه في هذا الهامش؛ حيث كتب "لا ريب في أن عبارة هذه القاعدة بليغة موفقة، لما فيها من الإيجاز والبيان في آن واحد. ففي القاعدة تصوير للساكت ولوضعه السلبي، الذي لا تعبير فيه ولا دلالة. وفيها أيضا تصوير للسكوت، الذي لا يمكن أن يعطى بحد ذاته معنى معينا أو لونا خاصا، لأنه يعود إلى أسباب متعددة باطنة غير ظاهرة. فالساكت يسكت لعدم الانتباه، أو لعدم الاكتراث، أو على سبيل الاستهزاء، أو بنية الموافقة، أو بقصد الإنكار أو الرفض، أو ما أشبه من الأسباب التي لا تحصى".
صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية؛ دار العلم للملايين/ بيروت؛ 1972؛ ص:308.

أما الحالة المنصوص عليها في الفصل 38 من ق.ل.ع. فهي تتعلق بحالة الشخص الذي يلاحظ غيره يتصرف باسمه ولا يعترض على هذه التصرفات بالرغم من قدرته على ذلك، حيث يعتبر في مثل هذه الوضعية بمثابة إقرار من الساكت بصحة التصرف القانوني الصادر من الغير؛ وهذا ما يتضح لنا من قراءة هذا الفصل، الذي جاء فيه "يسوغ استنتاج الرضى أو الإقرار من السكوت إذا كان الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه حاضرا أو أعلم بحصوله على وجه سليم ولم يعترض عليه من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته".

ومن التشريعات المغاربية التي تطرقت لبعض هذه الاستثناءات، نجد القانون المدني الليبي الذي أشار في مادته 98 إلى حالتين، هما:

- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول، فإن العقد يعتبر تاما، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب؛
- ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

المطلب الثالث: اقتران القبول بالإيجاب أو توافق الإرادتين

171. يجمع الفقه[215]، أنه ينبغي من أجل تمام العقد، إضافة لصدور الإيجاب من الموجب والقبول من القابل، **أن يحصل اقتران القبول بالإيجاب على العناصر الأساسية للعقد،** أو بحسب بعض الفقه أن يحصل توافق إرادتي العاقدين بشأن العناصر الأساسية للالتزام بحسب موضوعه أو من وجهة نظرهما. بمعنى أنه يكفي من الناحية القانونية لحصول التوافق التام بين إرداة الأطراف الاتفاق على العناصر الأساسية للعقد، أما العناصر الثانوية فيمكن أن تكون موضوع اتفاق لاحق.

[215] LARROUMET Christian: Les obligations, le contrat ; op.cit ; P :234.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:136.

وقد نص على هذه القاعدة الفصل 19 من ق.ل.ع.م. الذي جاء في فقرته الأولى ما يلي: "لايتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية ". غير أن هذا التلاقي يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بأطراف حاضرة في نفس مجلس العقد (أولا)، أو بين غائبين (ثانيا).

أولا: تطابق إرادتي الحاضرين في مجلس العقد

172. يجمع الفقه على أن فكرة مجلس العقد من الأفكار المستوحاة من الفقه الإسلامي، كما أن التعاقد بين حاضرين يعتبر الوضع المألوف في مجال المعاملات المدنية والتجارية على حد سواء بالرغم من التقدم الذي عرفه المجال الإلكتروني بوجه خاص؛ الأمر الذي يقتضي منا الوقوف على أهم النقط التي يطرحها التعاقد الحاصل في مجلس العقد، لعل أهمها يتمثل في نظرنا في زمان ومكان العقد الحاصل بين حاضرين (أ)، إضافة إلى العربون (ب).

أ: زمان ومكان العقد الحاصل بين حاضرين في مجلس العقد

173. ذهب الفقيه عبد الرزاق السنهوري، إلى تعريف مجلس العقد بأنه "المكان الذي يضم المتعاقدين. وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادي للمكان، بل الملحوظ هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر. فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد، وأصدر أحدهما إيجابا للآخر، فليس من الضروري أن يكون القبول فورا، بل يجوز أن يبقى الموجب له بتدبر الأمر شيئا من الوقت حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك"[216].

174. وإذا كانت فكرة مجلس العقد مستوحاة كما قلنا من الفقه الإسلامي، فإنه ينبغي الرجوع لهذا الفقه من أجل استيعاب مضمونها[217]، لاسيما إذا علمنا أن الموقف

---

[216] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام؛ منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت-لبنان؛ 1998؛ ص:229.

[217] جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد؛ دار الجامعة الجديد للنشر/ 2001؛ ص:91.

=

الذي تبناه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 23 من ق.ل.ع. قد يؤدي الأخذ به على حرفيته إلى تعطيل جانب كبير من المعاملات، حيث إن ظاهر النص السالف الذكر يفيد بضرورة صدور القبول بشكل فوري تحت طائلة سقوط الإيجاب غير المقترن بميعاد محدد.

فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 23 من ق.ل.ع. على ما يلي: "الإيجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد، يعتبر كأن لم يكن **إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر"**. فاعتماد حرفية النص كما قلنا قد تؤدي إلى عرقلة وتعطيل جانب مهم من المعاملات التي تحتاج إلى قدر من التروي والتريث قبل اتخاذ القرار الحاسم، كما هو الشأن بالنسبة للبيوع العقارية والصفقات التجارية.

175. لهذه الاعتبارات، **فإن جمهور الفقه يرى أن المصلحة تقتضي نوعا من المرونة مع مقتضيات الفصل السالف الذكر**، أو على حد تعبير الأستاذ العرعاري[218] فإنه ينبغي إضفاء نوع من المرونة بخصوص تفسير مفهوم الفورية هذا، بحيث ما دام الفور يقتضي الحالة الزمنية التي لا بطء فيها فإنه بات أمرا طبيعيا التسليم بأن الشخص الموجه إليه الإيجاب يتعين عليه أن يفصح عن قبوله قبل انفضاض مجلس العقد بشرط أن لا يكون الطرفان قد انصرفا عن موضوع التفاوض[219].

عبد العزيز محمد عزام: الخيارات في الفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة في المذاهب الثمانية؛ دار الهدى للطباعة، الطبعة الأولى 1983؛ ص:171.

محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه؛ مطبعة دار التأليف/ 1966؛ ص:408.

الكاساني: بدائع الصنائع؛ الجزء الخامس؛ ص:204.

ابن عابدين: حاشية رد المختار؛ الجزء الرابع؛ ص:527.

[218] عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–مرجع سابق؛ ص:69.

[219] نفس الرأي، تبناه الأستاذ عبد الحق صافي؛ حيث كتب "فالتطبيق الحرفي لهذا النص –يقصد الفصل 23 من ق.ل.ع.– يفيد أن الإيجاب غير المقترن بأجل والصادر في مجلس العقد يعتبر عديم الأثر إذا لم يتله قبول وذلك بصورة مباشرة ودون إبطاء. من ثم يبدو أن هذا الموقف يولد الحرج والشدة في المعاملات ولا يسعف العاقدين سيما في العقود المهمة (مثلا الصفقات التجارية والبيوع العقارية) التي يقتضي إمضاؤها نوعا من التروي والتفكير قبل اتخاذ القرار؛...وهكذا فالمصلحة تقتضي التعامل بنوع من المرونة مع الفصل 23 من ق.ل.ع. السالف وذلك عن طريق القول بأن (الفورية) تتحقق إذا صدر القبول قبل انفضاض مجلس العقد، الأمر الذي من شأنه تخويل الموجب له حيزا من الوقت الذي تستغرقه مناقشة شروط التعاقد، وذلك للتفكير في الإيجاب الموجه إليه والرد عليه. وفي هذا إسعاف للمتعاقدين ودفع للحرج عنهما وضمان لاستقرار وانضباط التعامل".

عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد؛ مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء؛ 2006؛ ص:275.

لنفس المبررات، وجدنا الفقيه وهبة الزحيلي ينتقد اعتماد مبدأ الفورية على إطلاقه، حيث ذهب إلى أنه "في اشتراط الفورية تضييق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فورا، فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فورا، فربما كان في العقد ضرر له، فيحتاج لفترة تأمل، للموازنة بين ما يأخذ أو ما يغنم وبين ما يعطي أو يغرم في سبيل العقد، وقدرت فترة التأمل بمدة مجلس العقد؛ لأن المجلس جامع للمفترقان، فتعتبر ساعاته وحدة زمنية تيسيرا على الناس، ومنعا للمضايقة والحرج، ودفعا للضرر عن العاقدين قدر الإمكان"[220].

ب: العربون

176. عرف الفقه[221] العربون بأنه مبلغ من المال أو شيء من الأشياء يدفع لضمان تنفيذ عقد أو وعد. بعبارات أخرى، فالعربون هو مقدار من المال يدفعه أحد المتعاقدين للطرف الآخر عند التعاقد، وقد أجمع الفقه على أن هناك دلالتين للعربون بحسب التشريعات؛ **فبالنسبة للأنظمة اللاتينية** فإن دفع العربون يكون الغرض منه إعطاء حق العدول لكل من المتعاقدين[222]، حيث إنه إذا عدل من دفع العربون ترتب على عدوله فقد العربون الذي دفعه، أما إذا عدل من قبض العربون ترتب على عدوله رد العربون ورد مثله معه[223]؛ **بينما تذهب الأنظمة الجرمانية** إلى اعتباره أداة لتأكيد إبرام العقد، أي أن دفع العربون يعتبر دليلا على انصراف نية المتعاقدين على تأكيد العقد وتنفيذه، ومن تم يكون المبلغ المدفوع بمثابة جزءا من الثمن، أما إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزاماته فإنه يتحمل المسؤولية العقدية.

177. أما بخصوص موقف القانون المغربي، فإنه وبمقتضى الفصول من 288 إلى 290 من ق.ل.ع.م. التي تناولت العربون، فإن المقصود به هو ما يقدمه المشتري للبائع

[220] وهبة الزحيلي: الجزء الرابع؛ ص:107.
[221] عبد السلام الترمانيني: أحكام العربون في الشريعة والقانون؛ مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت؛ الطبعة الثانية/ 1984؛ ص:49.
إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد غير اللازم؛ دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية؛ جامعة الكويت/ 1994؛ ص:44.
[222] TERRE F. et SIMLER Ph. et LEQUETTE Y. : Droit civil, les obligations, Dalloz, Paris, 1993, P:351.
[223] زكي الدين شعبان: الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق الكويتية، ع:2، 1977، ص:129.

ضمانا لتنفيذ تعهده بالشراء، **ومن ثم فهو تأكيد للبيع وليس أداة عدول**[224]، حيث إن المشتري بتقديمه للعربون يضمن تنفيذ تعهده بالشراء، وبالتالي فالعربون يلزم البائع، فليس بإمكانه أن يتراجع عن إتمام البيع.

من جهة أخرى، فإن العربون يحفظ للمشتري حق العدول عن البيع في مقابل حفظ حق البائع في التعويض؛ بمعنى أن المشتري بمجرد دفعه للعربون فإن ذلك لا يمنعه من التراجع عن البيع، على اعتبار أن العربون مجرد إعراب عن الرغبة في إبرام عقد البيع ويبقى على عاتق البائع تأكيده أو الامتناع عن ذلك. وكما قلنا، فإنه لا ينبغي هدر حقوق البائع، فله كما جاء في الفصل 290 من ق.ل.ع.م. أن يحتفظ به ولا يلزم برده إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة، إن اقتضى الأمر ذلك.

178. من التشريعات العربية التي تأثرت بنهج المدرسة الجرمانية، نجد القانون المدني العراقي الذي نص في مادته 92 على ما يلي "1. يعتبر العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

2. فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء العدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول. فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه، وإن عدل من قبضه رده مضاعفا".

179. بخلاف الوضع في القانون المغربي والعراقي، فإن القانون الفرنسي وعلى غرار أغلب التشريعات اللاتينية أخذ بدلالة العربون وذلك بمقتضى المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي[225]، ثم سارت على منواله بعض التشريعات العربية من قبيل القانون المدني المصري[226]، كما يتضح من خلال أحكام المادة 103 منه، والتي جاء فيها"دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا

---

[224] عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول: نظرية الالتزامات، مرجع سابق، ص:72.

[225] MAZEAUD : Leçons de droit civil, Paris, 1966, T3, P : 656.

[226] الدكتور عبد السلام الترمانيني: أحكام العربون في الشريعة والقانون؛ مرجع سابق، ص:54.
عباس الصراف: العربون وأحكامه في القانون المدني العراقي، بحث مقارن. مجلة القضاء العراقية، نقابة المحامين، ع: 1و2، 1958، ص:19.
إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام. مكتبة عبد الله وهبة/ 1967، ص:148.
عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص:277.

إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. فإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

ثانيا: تلاقي إرادتي المتعاقدين الغائبين

180. كان المشرع المغربي سباقا في بداية القرن الماضي إلى تنظيم التعاقد عن بعد، والذي يحصل بالعديد من الوسائل التي برزت في نهاية القرن الماضي، كما هو الشأن بالنسبة للهاتف، مستفيدا في ذلك مما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين، في الوقت الذي لم يكن القانون المدني الفرنسي الذي يعود لسنة 1804 ينظم هذه الوسائل (أ).

غير أن التطور المهول الذي عرفته وسائل الاتصال الحديثة وما نتج عنه من انتشار واسع لظاهرة التعاقد الإلكتروني[227]، الذي يختلف في الكثير من تفاصيله عن التعاقد بين غائبين المنظمة أحكامه بواسطة قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الأمر الذي كان يقتضي تدخلا تشريعيا لسد مثل هذه الثغرات. وهو الأمر الذي أقدم عليه المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[228]، حيث أخضع كيفية تطابق القبول بالإيجاب لمقتضيات خاصة (ب).

أ: تلاقي إرادتي المتعاقدين الغائبين بالوسائل غير الإلكترونية

181. غالبا ما يبدأ الفقه، بمناسبة تناول موضوع التعاقد الحاصل بين غائبين، من التطرق لإشكالية في غاية الأهمية، تتمثل في عرض مختلف النظريات التي قيلت في

[227] يطلق الفقه على العقد المبرم بهذه الطريقة بالعقد الإلكتروني، والمقصود به هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، فهو عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها؛ حيث ينشأ العقد من تلاقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد.
محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية؛ دار الجامعة الجديدة للنشر/ الإسكندرية؛ 2003؛ ص:18.
انظر أيضا إدريس النوازلي: حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي؛ دراسة مقارنة؛ المطبعة والوراقة الوطنية/ مراكش؛ الطبعة الأولى 2010؛ ص:12.

FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007; P:76.
CACHARD O. : Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique ; RLDC 2004 ; 8 ; N°314.

[228] ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (الموافق 30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية؛ الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)؛ ص:3879-3888.

زمان انعقاد العقد ومكانه[229]؛ وهو الأمر الذي دفعنا إلى الوقوف عندها في البداية، قبل إبداء بعض الملاحظات المرتبطة بزمان انعقاد العقد الحاصل بين غائبين ومكانه.

1: **نظرية إعلان القبول؛** التي يقصد بها أن تلاقي إرادتي المتعاقدين الغائبين يحصل بمجرد إعلان القبول وصدوره من الموجب له؛ أي أن العقد يعتبر تاما بمجرد صدور القبول من الشخص الموجه إليه الإيجاب. غير أن هذه النظرية تعرضت لمجموعة من الانتقادات، لعل أهمها أنه في حالة عدول الموجب عن إيجابه، فإنه يصعب عليه أن يثبت أن ذلك العدول حصل قبل قبول الطرف الآخر. ومع ذلك، فقد أخذت بهذه النظرية العديد من التشريعات، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الأردني[230].

2: **نظرية إرسال القبول.** من أجل تجاوز الانتقاد الذي تعرضت له نظرية إعلان القبول، فإن بعض الفقه ذهب إلى أن العقد يعتبر تاما عندما يرسل القابل قبوله، عن طريق وضعه في صندوق البريد أو تسليمه إلى مصلحة البريد التي تتعهد بإيصاله. وقد تعرضت هذه النظرية هي الأخرى للانتقاد، مادام أن القابل بمقدوره سحب الوثيقة التي عبر فيها عن قبوله من مصلحة البريد.

3: **نظرية تسلم القبول.** ذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه من أجل تفادي العيب الجوهري لنظرية إرسال القبول، فإن العقد لا يعتبر تاما إلا عندما يصل القبول إلى الموجب، مما يجعل إمكانية سحبه من القابل أمرا مستحيلا؛ **وتقف هذه النظرية عند استلام الموجب للقبول،** أي بغض النظر عن علمه بمضمون الرسالة أو عدم علمه بذلك. أي أن تلاقي إرادتي المتعاقدين يحصل ابتداء من تاريخ توصله بالرسالة حتى ولو لم يطلع الموجب على مضمونها.

4: **نظرية العلم بالقبول،** التي يقصد بها أن العقد يعتبر تاما عندما يعلم الموجب

---

229 MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:138.

230 يبرز لنا تأثر القانون المدني الأردني بهذه النظرية من خلال المادة 101، التي جاء فيها "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد **يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول** ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

فعلا بالقبول؛ والمبرر الذي اعتمده أنصار هذه النظرية، يتمثل في كون الإرادة لا يمكن أن تنتج أثرها ما لم تصل إلى علم من وجهت إليه. كما أن هذه النظرية حسب أنصارها، تعتبر أرفق بالموجب وأكثر حرصا على مصالحه، مادام أن الموجب هو الذي يعرض التعاقد، بل هو الذي يحدد مضمونه وشروطه. ومن التشريعات التي أخذت بهذه النظرية نذكر القانون المدني المصري[231].

182.بعد التطرق لهذه النظريات، ارتأينا الوقوف عند **ثلاث ملاحظات أساسية:**

الملاحظة الأولى؛ تكشف لنا بأن موقف المشرع المغربي **فيه نوع من اللبس**؛ فبالرغم من أن مراجعة أحكام الفصل 24 من ق.ل.ع. تظهر لنا على أنه أخذ بنظرية إعلان القبول[232]، إلا أن مقتضيات الفصل 30 من ق.ل.ع. اشترطت وجوب توصل الموجب بالقبول داخل الأجل المعقول لوصول الرسائل[233].

الملاحظة الثانية، تتعلق بأهمية تحديد تاريخ قيام العقد الذي يتم بالمراسلة؛ حيث إن لهذا التحديد أهمية خاصة على العديد من المستويات، يمكن اختزالها فيما يلي:

- **على مستوى انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك**؛ حيث إن التشريعات التي أخذت بنظرية إعلان القبول تجعل المشتري مالكا من هذا التاريخ، وفي نفس الوقت يصبح متحملا لتبعة هلاك الشيء الذي انتقلت إليه ملكيته من تاريخ إعلان القبول ما لم يتبين أن الموجب كان متسببا في وقوع هذا الهلاك؛ أما بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية العلم بالقبول، فإن الملكية لا تنتقل لصاحبها إلا من تاريخ علم الموجب بالقبول، وفي مقابل ذلك، فإن الهلاك يبقى على عاتق الطرف الآخر –البائع– إلى حدود هذا التاريخ، مادام أن الملكية لم تنتقل للمستفيد منها إلا بعلم الموجب بالقبول.

[231] نصت المادة 97 من القانون المدني المصري على ما يلي "1- يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول".

[232] جاء في الفصل 24 من ق.ل.ع. ما يلي: "يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاما في الوقت والمكان **اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله.** والعقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله".

[233] نص الفصل 30 من ق.ل.ع. على ما يلي: "من تقدم بإيجاب عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلا، **بقي ملتزما به إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول**، ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك.

وإذ صدر التصريح بالقبول في الوقت المناسب ولكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الأجل الذي يكفي عادة لوصوله إليه، فإن الموجب لا يكون ملتزما مع حفظ حق الطرف الآخر في طلب التعويض من المسؤول قانونا".

- **على مستوى تطبيق القوانين التفسيرية بأثر فوري**؛ ذلك أن المشرع قد يصدر بعضا من هذه القوانين بين فترة إعلان القبول وتاريخ علم الموجب به؛ فبالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية إعلان القبول، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي، فإن هذه القوانين لا تطبق على الواقعة التي سبق أن صدر بشأنها القبول من القابل، لكون العقد قام قبل نفاذها؛ في حين أنه بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية العلم بالقبول، كالقانون المدني المصري، فإن أحكام القانون الجديد هي الواجبة التطبيق.

أما الملاحظة الثالثة؛ فتتمثل في كون تحديد مكان العقد الحاصل بين غائبين لا يحضى بنفس أهمية تحديد زمانه؛ ومع ذلك، فإن أهميته تبرز من جهة على المستوى الوطني في تحديد المحكمة المختصة عندما يثار نزاع معين بين الموجب والقابل؛ ومن جهة أخرى، فإن أهمية هذا التحديد تظهر وبشكل أكثر أهمية في مجال القانون الدولي الخاص، حيث بناء على النظرية المعتمدة يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الطبيعة الدولية[234]. وفي جميع الأحوال، فإن مكان إبرام العقد طبقا للقانون المغربي، الذي أخذ بنظرية إعلان القبول، هو موطن القابل.

ب: تطابق إرادتي المتعاقدين في العقد الحاصل بوسيلة إلكترونية

183. حينما نتكلم عن التعاقد الإلكتروني، فإنه تنبغي الإشارة إلى أن الأمر يتعلق بعقد هو الآخر يخضع في تنظيمه للقواعد العامة التي تسري بخصوص نظرية العقد بوجه عام، لاسيما تطلبه لتراضي طرفي هذا العقد، أي ضرورة تطابق الإيجاب والقبول على العناصر الأساسية لهذا العقد؛ كل ما هنالك أنه **يتميز ببعض الخصائص التي تميزه عن التعاقد الحاصل بطريقة عادية**[235]، حيث يتم عن بعد وعن طريق استخدام وسائط إلكترونية حديثة تعمل آليا وتلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها؛ مما يقتضي ضرورة تميزه ببعض القواعد الخاصة التي تخرج به عن القواعد العامة التي وضعتها مختلف التشريعات المدنية للتعاقد العادي في صورته التقليدية.

لهذه الأسباب وغيرها، فإن المشرع المغربي استبعد المقتضيات العامة الواردة في

[234] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:139.
[235] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; op.cit ; P:77.

قانون الالتزامات والعقود المغربي المتعلقة بالإيجاب والقبول بشأن هذا النوع من العقود وذلك بمقتضى الفصل 2-65 من القانون رقم 53.95، الذي جاء فيه "لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 أعلاه على هذا الباب".

184. تنبغي الإشارة إلى **ملاحظة في غاية الأهمية**، وذلك قبل الخوض في تبيان كيفية حصول اقتران القبول بالإيجاب الحاصل بطريقة إلكترونية، وتتمثل هذه الملاحظة في كون المشرع المغربي **ولاعتبارات متعددة منها ما هو حمائي للمستهلك بالدرجة الأولى، ومنها ما هو مرتبط بطبيعة بعض المعاملات الشخصية بالخصوص،** فإنه استبعد من نطاق تطبيق القانون رقم 53.05 السالف الذكر عقد الزواج لما له من قدسية ومنزلة خاصة في نفوس الناس، كما أن الطلاق لا يمكن إيقاعه بهذه الطريقة، زد على ذلك الإرث، إقرار النسب أو حتى نفيه بالوسائل الإلكترونية؛ ومن جهة أخرى فإن المشرع استبعد الضمانات الشخصية أو العينية في الميدانين المدني والتجاري، لكون هذه الضمانات غالبا ما تنصب على تصرفات مركبة ومعقدة[236].

185. أما بخصوص كيفية حصول تطابق القبول بالإيجاب الحاصل إلكترونيا، فقد نصت عليه الفقرات الثانية، والثالثة والرابعة من الفصل5-65 من القانون رقم 53.95، الذي جاء فيه ما يلي: "يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة إلكترونية، ودون تأخير غير مبرر، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه.

يصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه.

يعتبر قبول العرض وتأكيده والإشعار بالتسلم متوصلا بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليها".

---

[236] يذهب بعض الفقه إلى أن المشرع اتخذ هذا الموقف، على ما يبدو، بهدف الاحتياط حماية للطرف الضعيف في العقد إذا كان شخصا عاديا، أما إذا كان من ذوي الخبرة من المهنيين أو المحترفين، فإن ذلك الاحتياط يصبح غير ذي موضوع، ويكون بالإمكان اعتماد المحررات الإلكترونية في كافة الضمانات الشخصية أو العينية في الميدانين التجاري والمدني.
العربي جنان: التعاقد الإلكتروني في القانون المغربي (دراسة مقارنة)؛ سلسلة التنظيم القانوني للمعلوميات والآنترنيت؛ الكتاب الأول/ 2010؛ ص:98.

186. كما سبق أن أشرنا لذلك في أحد أبحاثنا السابقة[237]، فقد تبين لنا من خلال أحكام هذا الفصل، **أن هاجس حماية طرفي العقدكان وراء عدم وضوح موقف المشرع المغربي بشكل دقيق بخصوص زمن حصول العقد المبرم بطريقة إلكترونية**؛ ومع ذلك فقد خرجنا بمجموعة من الملاحظات بخصوص هذه النقطة، والتي تتمثل فيما يلي:

- إن زمن عقد البيع المبرم بشكل إلكتروني **ليس هو نفس الزمن المتعلق بالعقد الحاصل بالمراسلة**[238] كما هو منصوص عليه في الفصلين 24 و 30 من ق.ل.ع. المحدد في تاريخ إعلان القبول شريطة أن يتوصل به الموجب في أجل مناسب؛

- إن زمن العقد المبرم بطريق إلكتروني هو تاريخ توصل العارض برد القابل شريطة إعلامه لهذا الأخير بكونه تسلم قبول العرض داخل الأجل المناسب تطبيقا للفقرة الثانية من الفصل السالف الذكر.

ونرى أن هذا الهاجس، أي الرغبة في حماية المستهلك، هو الذي دفع المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، إلى جعل هذا التعاقد غير لازم للمستهلك، حيث منحه **خيار الرجوع** خلال فترة زمنية محددة حددتها المادة 36 من هذا القانون كما سنرى حينما نتطرق للضمانات المكملة للالتزام بإعلام الطرف الضعيف في العقد بوجه عام.

187. على غرار جميع أنواع التعاقد التي يكون فيها أطراف العقد غائبين عن بعضهما البعض، **فإن هذه الطريقة تثير بعض الإشكالات**، التي تتمثل أساسا في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه، إضافة إلى بيان القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات إذا كان أطراف العقد ينتمون إلى دول متعددة.

[237] عبد الرحمان الشرقاوي: قانون العقود المسماة؛ الكتاب الأول العقود الناقلة للملكية، عقد البيع؛ الطبعة الأولى 2011؛ ص:60.
[238] المختار بن أحمد عطار: العقد الإلكتروني؛ مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء؛ 2009؛ ص:33.

المبحث الثاني: صحة التراضي

188. يتعين لصحة التراضي، أن يكون المتعاقد أهلا للالتزام، باستكماله للسن القانونية موازاة مع اكتمال القوى العقلية، بالإضافة إلى خلو إرادة المتعاقد من عيوب الرضى (**المطلب الأول**).

غير أن هذه المقتضيات القانونية التي نص عليها قانون الالتزامات والعقود المغربي **أصبحت غير كافية،** على غرار مختلف التشريعات الدولية[239]، في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها مختلف دول العالم مع هيمنة اقتصاد السوق وفتح الحدود بعد انضمام معظم الدول لمنظمة التجارة العالمية؛ هذه الأسباب وغيرها ترتب عنها بروز طبقتين متباينتين من حيث القدرة على مناقشة واستيعاب بنود العقد من طرف الطبقة الضعيفة التي تلقب بتسمية المستهلك؛ الأمر الذي اقتضى من مختلف دول العالم إلى إصدار تشريعات حمائية لهذا الأخير في مواجهة المهني (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: أهلية المتعاقد للالتزام وخلو إرداته من عيوب الإرادة

189. دأب الفقه المدني، وإلى غاية نهاية القرن الماضي، إلى معالجة صحة التراضي من زاويتين، الأولى هي ضرورة أن يكون المتعاقد كامل الأهلية (البند الأول)، أما الشرط الثاني لصحة التراضي، فهو خلو إرادة المتعاقدين من عيوب الإرادة (البند الثاني).

البند الأول: أهلية الالتزام

190. **الأهلية في اللغة** هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور[240]، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له، وفي ذلك يقول الحق عز وجل **"هو أهل التقوى وأهل المغفرة"**[241]؛ أما في الاصطلاح، فيقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا، أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا[242].

---

[239] DE JUGLART M. : L'obligation de renseignement dans les contrats ; RTD civ ; 1945 ; 1.
FAGES Bertrand : Droit des obligations ; op.cit ; P:87.

[240] ابن منظور: لسان العرب؛ المجلد 12، الطبعة السادسة؛ لبنان؛ 1997؛ ص:29.

[241] الآية 56 من سورة المدثر.

[242] محمد مومن: أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مجلة الحقوق؛ مجلة النشر العلمي/ جامعة =

191. بالرغم من تناول المشرع المغربي، على غرار نظيره الفرنسي سواء في صيغته الأولية بمقتضى المادة 1108 أو بعد تعديلها بمقتضى المادة 1128 من الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 كما أشرنا سابقا، للأهلية كركن مستقل إلى جانب التراضي والمحل والسبب، فإن معظم الفقه متفق على تناولها بصدد الحديث عن صحة التراضي[243]. ويقتضي منا معالجتها بشكل مستفيض أن نقف أولا على ماهيتها وأنواعها (الفقرة الأولى)، قبل أن ننتقل إلى معالجة العوامل التي تؤثر فيها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ماهية الأهلية وأنواعها

192. تطبيقا للفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود المغربي، فإن الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية[244]؛ هذا الأخير يتمثل في مدونة الأسرة المغربية التي عوضت مدونة الأحوال الشخصية منذ سنة 2004، وبحسب المادة 206 منها 'أي مدونة الأسرة' فإن الأهلية نوعان: أهلية وجوب (أولا) و أهلية أداء (ثانيا).

أولا: أهلية الوجوب

193. **المقصود بأهلية الوجوب** هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات؛ وقد عرفتها المادة 207 من مدونة الأسرة بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون. وهو قريب من التعريف الذي وضعه الفقه، فقد عرف المرحوم الكزبري[245] أهلية الوجوب بكونها

الكويت؛ العدد الثالث/ 2004؛ ص:449.

إدريس العلوي العبدلاوي: نظرية العقد؛ مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء؛ 1996؛ ص:304.

[243] في هذا السياق، ذهب أستاذنا الدكتور أحمد شكري السباعي إلى التأكيد على هذا الرأي في رسالته، حيث كتب "ولا نؤيد المشرع المغربي فيما ذهب إليه –شأنه شأن التشريع الفرنسي في المادة 1108– أي لا نعتبر الأهلية من الأركان الأساسية في العقد، وبحسب تعبير المشرع المغربي في الالتزام، وإنما نعتبرها عنصرا أساسيا وجوهريا في الرضا، يوجد بوجودها، وينعدم بانعدامها، ويصيبه الخلل بانتقاصها، وبمعنى آخر أن الأهلية شرط من شروط صحة الرضاء، فإن انعدمت انعدم الرضاء وكان العقد باطلا، وإن كانت موجودة، ولكنها ناقصة، كان الرضا معيبا وكان العقد قابلا للإبطال وهذا المنطق القانوني يتنافى مع حشر الأهلية ضمن الأركان الأساسية للعقد التي يترتب على نقصانها أو تخلف بعضها دائما البطلان، –في حين أن الأهلية قد تنهض سببا للبطلان أو الإبطال وذلك بحسب ما إذا كان الشخص عديم الأهلية أو ناقصها–، وقد سلمت من هذا العيب بعض التشريعات فنصت المادة 202 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن 'الرضى يكون معيبا بل معدوما تماما في بعض الأحوال إذا أعطي عن غلط أو أخذ بالخدعة أو كان ثمة غبن فاحش أو عدم أهلية'....".

أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ منشورات عكاظ/ الطبعة الثانية–1987؛ ص:122.

[244] هي نفس القاعدة التي أكدت عليها المادة 12 من مدونة التجارة المغربية **فيما يخص المواد التجارية**، حيث جاء فيها "تخضع الأهلية لقواعد الأحوال الشخصية مع مراعاة الأحكام التالية".

[245] مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ طبعة 1968؛ ص:153.

صلاحية الشخص لثبوت الحقوق والالتزامات له وعليه، وهي ملازمة للشخصية تثبت للإنسان من وقت ولادته حيا إلى حين وفاته، بل وتبدأ قبل ذلك للجنين في حدود معينة.

194. ترتبط أهلية الوجوب **بالشخصية القانونية**[246]، بل إن بعض الفقه[247] يذهب إلى القول بأن أهلية الوجوب هي في الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية؛ فالشخص، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات. فكل إنسان، بعد أن أبطل الرق، شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب.

195. تثبت هذه الأهلية للشخص كقاعدة عامة منذ ولادته؛ **قلنا كقاعدة عامة** على اعتبار أنه يمكن أن يقرر القانون بعض الحقوق للشخص قبل ولادته، أي في مرحلة الحمل كما سبق أن أشرنا لذلك بمناسبة الحديث عن الجنين. بمعنى أن أهلية الوجوب لا تتقرر من الناحية المبدئية للإنسان إلا بتمام ولادته حيا.

196. غير أن هناك العديد من الاعتبارات التي دفعت مختلف التشريعات للخروج عن هذه القاعدة، لعل أهمها إمكانية الإضرار بالجنين؛ وبحسب بعض الفقه القانوني فإن تطبيق هذا الأصل قد يفضي من الناحية العملية إلى الإضرار بهذا الجنين لدى ولادته حيا، أو على حد تعبيره "...حيث لوحظ أنه إلى جانب حماية حق الجنين في الحياة، هناك مصلحة اجتماعية وقانونية بالاعتراف للجنين بوجود حقوق قبل أن يولد، سواء ما تعلق منها بالأسرة، من قرابة ونسب، أو ما كان ماديا يتعلق بالإرث والوصية والوقف وغيرها، **إذ أنه شخصية احتمالية**، تكون له مصلحة في أن تثبت له أهلية من

[246] ذهب بعض الفقه العربي إلى أن أهلية الوجوب سميت بهذه التسمية لأنه ينظر للإنسان من خلالها من جهتين: **من جهة كونه صالحا لأن يجب له**، كوجوب ثبوت نسب الابن من أبيه، **ومن جهة كونه صالحا لأن يجب عليه**، كوجوب دفع ثمن المبيع له من أمواله. ومن أسباب التسمية أن الوجوب بها ثابت للإنسان وعليه.

عبد الله بن عبد العزيز العجلان: الأهلية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية؛ مؤسسة الممتاز للطباعة؛ 1996؛ ص:20.

محمد مومن: أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:450.

[247] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام؛ مرجع سابق؛ ص:223.

نوع معين لحماية حقوقه، لذلك اعترفت له كل القوانين بأهلية وجوب ناقصة، وهي نتيجة سليمة من حيث إن الجنين لا تثبت له أهلية الوجوب كاملة التي تثبت لمن يولد حيا، وهو اعتراف يمكن من القول مع بعض الفقه أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي تبدأ من وقت الحمل، وتكون شخصيته احتمالية، ولا تصبح شخصيته يقينية إلا بولادته حيا"[248].

197. نستشف مما سبق، أن أهلية الوجوب **لا علاقة لها بمجال التصرفات القانونية**. وفي هذا السياق، يذهب الدكتور عبد الحق صافي إلى أن "أهلية الوجوب دليل لاكتساب مظاهر الشخصية القانونية، وبالتالي فلا علاقة لها بمجال التصرفات القانونية ولا بقدرة الإرادة. فهي تتوفر لعديم الأهلية، بل أحيانا للجنين في بطن أمه والذي تثبت له بعض الحقوق المتعلقة بحالته الشخصية كالانتساب لأبويه والإرث منهما. ويستفيد أيضا من حقوق أخرى مالية كالوصية والاشتراط لمصلحته. هذا مع العلم أن ترتيب هذه الحقوق لآثارها القانونية يتوقف على ولادته حيا"[249].

198. في الأخير نشير إلى ملاحظتين؛ **الأولى** هي أنه إذا كان المبدأ هو أن أهلية الوجوب **تكون كاملة،** فإن هناك **العديد من الحالات** التي تكون فيها هذه **الأهلية منعدمة أو ناقصة،** كما هو الشأن بالنسبة للأجنبي الذي يحد القانون من صلاحيته في تملك العقارات، أو بالنسبة لحرمان قاتل المورث في الاستفادة من تركة المقتول. **أما الملاحظة الثانية،** فهي أن الشخص المعنوي هو شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب، على غرار الشخص الطبيعي، مادام أن الشخصية الاعتبارية ما هي في الواقع إلا قابليتها لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات.

---

[248] محمد مومن: أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:453.
إبراهيم أبو النجا: وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية؛ العدد الرابع/ دجنبر 1978؛ ص:961.
[249] عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات العقد، الكتاب الأول تكوين العقد؛ مرجع سابق؛ ص:135.

ثانيا: أهلية الأداء

199. يقصد بأهلية الأداء، قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية لحسابه[250]؛ أو بحسب المادة 208 من مدونة الأسرة المغربية هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها. مما يجعل هذه القدرة لا تثبت لجميع الأشخاص، وإنما فقط لمن يكون قادرا على تقييم مصالحه بنفسه من وجهة نظر القانون.

بمعنى أن **مناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك**، ومن ثم فهي تدور معه وجودا وعدما؛ وذلك **بخلاف أهلية الوجوب التي مناطها الحياة**[251]. ويترتب عن ذلك أن الشخص إذا كانت تكتمل أهلية الوجوب لديه بمجرد ولادته حيا، فإنه يبقى مع ذلك غير متمتع بأهلية الأداء إلا بعد أن يتوافر لديه الإدراك والتمييز؛ حيث إن فاقد التمييز هو فاقد للإرادة وفاقد للأهلية[252]، في حين أن ناقص التمييز هو ناقص للإرادة وناقص للأهلية، أما كامل التمييز فإنه كامل الإرادة وكامل الأهلية[253].كما أن من مميزات أهلية الأداء، **أن نطاقها يقتصر على التصرفات القانونية دون الوقائع المادية** التي وإن كانت تتطلب التمييز فإنها لا تتطلب أهلية الأداء.

200. تنبغي الإشارة **إلى ثلاث ملاحظات أساسية؛ يمكن اختصارها فيما يلي**:

- **الملاحظة الأولى**؛ هي أنه عندما نستعمل مصطلح الأهلية فإن المقصود بذلك هو أهلية الأداء.

- **الملاحظة الثانية**؛ تتمثل في كون قواعد الأهلية من النظام العام، ومن ثم لا يمكن الاتفاق على مخالفة أحكامها، بالرغم من عدم تنصيص المشرع المغربي على هذه القاعدة صراحة؛ بخلاف الوضع بالنسبة لبعض التشريعات المقارنة كما هو الشأن

---

[250] عرف الفقيه مأمون الكزبري أهلية الأداء بأنها صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق على وجه يعتد به قانونا.
مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ مرجع سابق؛ ص:153.

[251] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:124.
عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:91.
مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:154.

[252] ABBOUD Moussa : La condition juridique du mineur au maroc ; Edition La Porte ; RABAT ; P:2.

[253] TERRE François et FENOUILLET Dominique : Droit civil ; les personnes, la famille, les incapacités ; 6ème édition, DALLOZ/1996 ; p :833.

بالنسبة للقانون المدني المصري الذي نصت مادته 48 على ذلك، حيث جاء فيها "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها"؛ ويكون بذلك القانون المصري قد سار على منحى التشريعات الجرمانية التي نصت على هذه القاعدة بشكل صريح، كالقانون السويسري الذي جاء في مادته 27 ما يلي: "يعتبر باطلا كل تنازل عن أهلية الوجوب أو أهلية القيام بالحقوق المدنية...".

- **أما الملاحظة الثالثة،** فهي أن الأصل في الشخص هو كمال الأهلية، أما الانعدام أو النقصان فهما عارضان، ويقع على من يدعي خلاف الأصل العام عبء الإثبات.

201. عموما، فإن أهلية الأداء تتدرج بتدرج السن، كما أن هناك مجموعة من العوارض التي تؤثر عليها[254]. **فمن جهة السن،** فإن الشخص يعتبر كامل الأهلية حسب المادة 209من مدونة الأسرة ببلوغه 18 سنة شمسية **كاملة،** أما إذا كان أقل من 12 سنة فإنه **يعتبر عديم الأهلية،** وبين سن 12 و18 فإنه يعتبر **ناقص الأهلية تطبيقا للمادة** 214 **من مدونة الأسرة.**

الفقرة الثانية: العوامل التي تؤثر في الأهلية

202. قلنا بأن مناط أهلية الأداء يتمثل في التمييز[255]؛ هذا الأخير يتأثر بشكل كبير بالسن (أولا)،كما أن هناك عوارض أخرى يمكن أن تعترض هذه الأهلية حتى بعد بلوغ الشخص سن الرشد القانوني، لعل أهمها يتمثل في الجنون (ثانيا)، وأيضا في العته والسفه (ثالثا)؛ إضافة لبعض العوارض الأخرى التي منها ما أخذ به المشرع المغربي كما هو الشأن بالنسبة لمانع العقوبة الجنائية، ومنها ما لم يأخذ به القانون المغربي كحالات الأصم والأبكم والأعمى (خامسا).

أولا: تأثر الأهلية بعامل السن

203. نتناول تأثر الأهلية بعامل السن، انطلاقا من تمييز المشرع بين ثلاثة مراحل أساسية، نتطرق في الأولى لحالة الصبي غير المميز (أ)، وفي الثانية لحالة الصبي المميز (ب)، وأخيرا نقف عند الشخص البالغ الرشيد (ج).

[254] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:129.

[255] أحمد الخمليشي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين؛ منشورات مكتبة المعارف/ الرباط؛ الطبعة الأولى 1982؛ ص:137.

أ: الصبي غير المميز

204. تطبيقا للمادة 217 من مدونة الأسرة، **فإنه يعتبر عديم أهلية الأداء: أولا: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز**. وبالرجوع للمادة 214 من مدونة الأسرة نجدها **تحدد سن التمييز باثني عشرة سنة شمسية كاملة**. أي أن الشخص الذي لم يبلغ هذا السن يعتبر عديم التمييز، في الوقت الذي نجد فيه العديد من التشريعات العربية حددت هذه السن في سبع سنوات كما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري والقانون المدني الأردني، حيث إنه بالرجوع للفقرة الثالثة من المادة 118 من هذا القانون الأخير نجدها نصت على أن "سن التمييز سبع سنوات كاملة".

205. وقد حددت المادة 224 من مدونة الأسرة حكم تصرفات عديم الأهلية، **حيث جعلتها باطلة ولا تنتج أي أثر**. وهو نفس الحكم الذي عبرت عنه الكثير من التشريعات العربية، من ذلك القانون المدني الأردني لسنة 1976 الذي نصت مادته 44 على أنه "1- لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. 2- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز"[256].

في مقابل ذلك، فإنه يحق للولي أو الحاجر أو المكلف بشؤون القاصرين إجراء التصرفات بالنيابة عن القاصر ضمن الحدود التي يرسمها القانون.

ب: الصبي المميز

206. بحسب المادة 214 من مدونة الأسرة الجديدة، **فإن الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة**. وقد حددت المادة 225 من مدونة الأسرة المغربية حكم تصرفات الصغير المميز، حيث ميزت بين مجموعة من الحالات، اختزلتها المادة

---

[256] أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ منشورات الجامعة الأردنية؛ الطبعة الأولى/ عمان/ 1987؛ ص:37.

السالفة الذكر فيما يلي:

- تعتبر هذه التصرفات نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا؛

- بينما تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛

- وأخيرا فإن هذه التصرفات إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، فإن نفاذها يتوقف على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي.

207. يظهر لنا مما سبق، أن هذه الأحكام تقترب كثيرا من تلك التي نصت عليها معظم التشريعات الغربية[257] والعربية[258]، من ذلك ما جاء في المادة 118 من القانون المدني الأردني، التي نصت على ما يلي: "1- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا. 2-أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد"[259].

ج: البالغ الرشيد

208. البالغ الرشيد **هو الذي أتم ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة** حسب المادة 209 من مدونة الأسرة[260]. **وحكم تصرفاته أنها صحيحة**، فكل شخص حسب المادة 210 من مدونة الأسرة بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته. بمعنى، أنه بمجرد بلوغه سن

---

[257] TERRE François et FENOUILLET Dominique : Droit civil ; les personnes, la famille, les incapcités ; op.cit ; P :833.

[258] من هذه التشريعات أيضا، القانون المدني المصري، الذي جاء في مادته 111 ما يلي "1. إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا. 2. أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر. ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقا للقانون".

[259] أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:37.

ياسين محمد الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان؛ 2011؛ ص:161.

[260] عرف سن الرشد القانوني في المغرب **ثلاثة مراحل أساسية** منذ صدور مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957، حيث كانت المادة 137 تحدده في واحد وعشرين سنة، قبل تعديل 1993 الذي قلصها إلى حدود عشرين سنة، قبل أن يتدخل المشرع المغربي بمقتضى مدونة الأسرة التي حددته في ثمانية عشرة سنة.

وهي نفس السن التي حددها القانون المدني الفرنسي بمقتضى المادة 488 منذ تعديل 05 يوليوز 1974.

TERRE François et FENOUILLET Dominique : Droit civil ; les personnes, la famille, les incapcités ; op.cit ; P :833.

الرشد القانوني يصبح له كقاعدة عامة أهلية الاغتناء وأهلية التصرف وأهلية التبرع.

209. غير أن هذه القاعدة ليست جامدة[261]، بل إنه بالنظر لكون بعض الأشخاص قد يكون بإمكانهم القدرة على إدارة أموالهم بأنفسهم، سواء بشكل جزئي (1)، أو بشكل كامل عن طريق ترشيدهم مبكرا، حيث يحصل الصغير المميز على أهليته كاملة إذا توفرت مجموعة من الشروط (2). إضافة إلى الحالة التي يكتسب فيها الزوجان الأهلية المدنية لممارسة حق التقاضي، بالرغم من كونهما لم يبلغا السن القانوني، في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج (3).

1. أهلية إدارة الأموال

210. إن أهلية إدارة الأموال، تعتبر أداة مهمة للحد من جمود وعمومية القاعدة القانونية، حيث كثيرا ما يظهر أن بعض الأشخاص أكثر قدرة على إدارة أموالهم من غيرهم؛ ولذلك أجازتها العديد من التشريعات، وذلك لأهميتها البالغة عند توفر شروط معينة[262]؛ حيث يهدف المشرع من خلال ربطه الاستفادة من هذه الأداة على تحقق مجموعة من الشروط إلى التوفيق بين إتاحة الفرصة لبعض الأشخاص الذين تتوفر عندهم مؤهلات خاصة على سبيل التجربة والاختبار، وبين الحفاظ على أموالهم.

211. بالرجوع للقانون المغربي، نجده قد أجاز هذا الإجراء بمقتضى المادة 226 من مدونة الأسرة، التي نصت على ما يلي:

- يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءا من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار.

- يصدر الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.

- يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائيا إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها.

- يعتبر المحجور كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيه.

---

[261] ABBOUD Moussa : La condition juridique du mineur au maroc ; Edition La Porte ; RABAT ;P :200.
[262] ABBOUD Moussa : La condition juridique du mineur au maroc ; op.cit ; P:208.

212. نرى أن المشرع المغربي قد أحسن صنعا عندما منح هذه الإمكانية لكل من بلغ سن التمييز، التي حددها في اثني عشرة سنة، مخالفا بذلك المقتضى الذي كانت تنص عليه المادة 140 من مدونة الأحوال الشخصية، والتي كانت تشترط أن يتعلق الأمر بصغير مميز بالغ من العمر خمسة عشر سنة على الأقل، حتى يمكن منح الشخص أهلية إدارة بعض من أمواله. لاسيما في ظل تقليصه لسن البلوغ القانوني من عشرين إلى ثمانية عشر سنة، وأيضا لسن الترشيد المبكر من ثمانية عشر سنة إلى ستة عشر سنة كما سنرى في الفقرة الموالية.

2: الترشيد المبكر

213. المقصود بالترشيد المبكر، حصول الصغير المميز على أهليته الكاملة، عند توفر الشروط التي جاءت بها المادة 218 من مدونة الأسرة، حيث نصت هذه المادة على ما يلي:

- إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده.

- يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيد القاصر الذي بلغ السن المذكور أعلاه، إذا أنس منه الرشد.

ويترتب عن الترشيد، حسب مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 218 من مدونة الأسرة، تسلم المرشد لأمواله واكتساب الأهلية الكاملة في إدارتها و التصرف فيها. بينما تبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها.

في جميع الأحوال، لا يمكن ترشيد من ذكر، إلا إذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات الشرعية اللازمة، كما أكدت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 218 من مدونة الأسرة المغربية.

3 : اكتساب المتزوجان الأهلية المدنية لممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار الزواج

214. بالرغم من كون المشرع المغربي جعل أهلية الزواج تكتمل بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشر سنة شمسية، وذلك بمقتضى المادة 19 من مدونة الأسرة؛ إلا أنه خول لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، وذلك بمقتضى المادة 20 من نفس القانون، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية[263] أو إجراء بحث اجتماعي.

ما يهمنا نحن في هذا المقام، هو أن المشرع خول لهؤلاء الزوجين اللذين لم يبلغا سن الرشد القانوني، المحدد في ثمان عشر سنة، **الأهلية المدنية** لممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وذلك طبقا للمادة 22 من مدونة الأسرة، التي جاء فيها: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". مما يعني، أنه يمكن للزوجة القاصر مثلا أن ترفع دعوى النفقة شخصيا دون حاجة إلى نائبها الشرعي، كما يمكنها أن تتقدم بأي طلب يهم الحقوق والالتزامات المترتبة عن الزواج ليس فقط أمام القضاء بل في جميع الإدارات.

بالرجوع للمشرع الفرنسي، نجد المادة 476 من القانون المدني تخول ترشيد القاصر بقوة القانون بمجرد الزواج؛ إضافة إلى أنه يمكن ترشيده اختياريا من طرف المحكمة بناء على طلب من أبيه أو أمه إذا أتم السادسة عشرة سنة أو من طرف مجلس العائلة إذا لم يكن له أب أو أم تطبيقا للمادة 477 من القانون المدني الفرنسي[264].

---

[263] إن الغاية من الخبرة الطبية المأمور بإنجازها من طرف القاضي المكلف بالزواج هو التأكد من البنية الجسمانية للقاصرة –الطول، الوزن– وما إذا كانت قادرة على تحمل الأعباء الزوجية وكذا معرفة ما إذا كانت قادرة على تحمل الأعباء الزوجية وكذا معرفة ما إذا كانت حامل أم لا، حتى لا يجد القاضي نفسه أمام الإذن بزواج قاصر حامل، مما يجعل الزواج في هذه الحالة باطلا.

[264] TERRE François et FENOUILLET Dominique : Droit civil ; les personnes, la famille, les incapcités ; Op.cit ; P:848.

215. بقي أن نشير في الأخير، إلى أن الحجر ينتهي كقاعدة عامة ببلوغ القاصر سن الرشد القانوني، الذي يتمثل في ثمانية عشرة سنة في القانون المغربي، ما لم يحجر عليه لداع آخر من دواعي الحجر، التي تتمثل أساسا في الجنون، والسفه والعته، إضافة لبعض العوارض الثانوية الأخرى كما سنرى في الفقرات الموالية.

ثانيا: الجنون

216. نص المشرع المغربي بمقتضى المادة 217 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يعتبر عديم أهلية الأداء:

أولا:....؛

ثانيا: المجنون وفاقد العقل".

وقد عرف الفقه[265] الجنون بأنه مرض يعتري الشخص يؤدي إلى زوال العقل أو هو اضطراب يصيب العقل، فيجعل الشخص عديم الأهلية. غير أنه ينبغي التمييز **بين الجنون المطبق**، وهو الجنون الذي يستوعب المريض في كل أوقاته؛ و**الجنون المتقطع** الذي يعني أنه يصيب المريض في فترة من الزمن فقط بينما يفيق في باقي الفترات الأخرى؛ وفي جميع الحالات، أي في كلا النوعين، **فإن الحكم واحد** ما دام أن التصرف وقع من المريض في حالة جنونه[266]، أما إذا تصرف الشخص في حالة الإفاقة من الجنون غير المطبق فإن تصرفه هذا يعتبر صحيحا؛ وهذا ما عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة 217 من مدونة الأسرة المغربية، التي جاء فيها: "يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها". أما الفقدان الإرادي للعقل فإنه لا يعفي من المسؤولية كما أشارت إلى ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 217 السالفة الذكر.

إذا كان المشرع المغربي قد جعل **الشخص المجنون عديم الأهلية** بمقتضى المادة 217 من مدونة الأسرة، فإنه اكتفى بجعل **الشخص المعتوه والسفيه ناقص الأهلية** كما سنرى في الفقرة اللاحقة.

---

[265] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:129.
أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:39.
[266] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:129.

ثالثا: العته والسفه

217. جاء في المادة 213 من مدونة الأسرة على أنه يعتبر ناقص الأهلية: 1... 2. السفيه؛ 3. المعتوه. الأمر الذي يقتضي منا أن نتناول هاتين المؤسستين، حيث نتطرق في البداية لتحديد ماهية المعتوه والجزاء المترتب عنه (أ)، قبل أن ننتقل إلى دراسة أحكام السفيه (ب).

أ: المعتوه

218. عرفت مدونة الأسرة **المعتوه** بمقتضى المادة 216 منها بأنه الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته. وقد ذهب الفقه[267] إلى أن العته هو مرض يصيب الشخص عادة بسبب التقدم في السن أو المرض كتصلب شرايين المخ؛ ويضيف إلى أنه إذا كانت الشيخوخة وحدها، وهي أولى مراحل الانحطاط العقلي لا تكفي بمفردها للقول بانعدام الإرادة، إلا أنها قد تكون سببا في إصابة الشخص بالعته.

هذا الحكم هو الذي اعتمده الفقه الإسلامي هو الآخر، حيث يذهبون إلى القول على أن الشخص المعتوه هو الذي يكون عند صاحبه بقية من العقل؛ ومن ثم تكون أهليته ناقصة كالصبي في فترة التمييز. أو على حد تعبير الفقيه الزيلعي[268] هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون.

ب: السفيه

219. بحسب المادة 215 من مدونة الأسرة، **فإن السفيه** هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا، بشكل يضر به أو بأسرته. وهو قريب من التعريف الذي أعطاه الفقهاء المسلمون للسفيه، حيث ذهبوا إلى أنه هو المغلوب بهواه فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة.

---

[267] أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني المغربي؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ منشورات الجامعة الأردنية/ الطبعة الأولى، عمان1987؛ ص:39.

[268] الزيلعي: تبين الحقائق وشرح كنز الدقائق؛ الجزء الخامس؛ ص:191.

رابعا: العوارض الثانوية التي تؤثر في أهلية الأداء

220. في الوقت الذي وسعت فيه بعض التشريعات من هذه العوارض، نجد المشرع المغربي اقتصر على تناول بعضها بمقتضى نصوص خاصة كما هو الشأن بالنسبة لمانع الحكم بعقوبة جنائية، حيث إنه بالرجوع للفصل 38 من القانون الجنائي المغربي، نجده ينص على أن "الحجر القانوني يحرم المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية طوال تنفيذ العقوبة الأصلية ....". أي أنه عن طريق الحجر القانوني كعقوبة إضافية، يمكن حرمان الشخص المحكوم عليه بهذه العقوبة من إجراء التصرفات القانونية إلى غاية انتهاء مدتها.

وقد ذهب بعض الفقه المغربي[269]، إلى أن هذا الشخص بالرغم من أنه كامل الأهلية، إلا أنه يخضع للحجر لأسباب تعود إلى العقوبة من جهة، وحماية للنظام العام من جهة أخرى؛ ومن ثم، فإنه إذا أقدم المحكوم عليه بعقوبة جنائية بإجراء تصرف معين، فإن هذا التصرف يعتبر باطلا طبقا للفصل 38 السالف الذكر.

221. **أما السكر،** فإنه لا يستوجب الإبطال بالرغم من عدم تنصيص المشرع المغربي عليه صراحة؛ ويمكن أن نستشف ذلك من الفقرة الأخيرة من المادة 217 من مدونة الأسرة، التي جاء فيها: "الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية". وبمفهوم المخالفة، فإن الفقدان الاضطراري للعقل يترتب عنه الإعفاء من المسؤولية، ومن ذلك **حالة السكر غير الإرادي.**

وقريب من هذا الحكم، ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 93 من قانون الالتزامات والعقود فيما يخص المسؤولية التقصيرية؛ حيث جاء فيه "السكر، إذا كان اختياريا، لا يحول دون المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم. ولا مسؤولية مدنية إذا كان السكر غير اختياري وعلى المتابع إثبات هذه

---

[269] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:124.
عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة؛ الكتاب الأول: عقد البيع؛ الطبعة الثانية 2009؛ توزيع مكتبة دار الأمان/ الرباط؛ ص:42.

الواقعة". كما نصت مدونة الأسرة على حالة الطلاق الواقع من السكران، حيث جاء في المادة 90 منها على أنه لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا.

222. في مقابل هذه العوارض التي نص عليها المشرع المغربي إما بشكل صريح أو ضمني[270]، **فإن هناك حالات أخرى لم ينص عليها ولو من باب التلميح**، في الوقت الذي خصصت لها تشريعات أخرى أحكاما خاصة، كما هو الشأن بالنسبة **للعاهة المزدوجة** التي نصت عليها معظم التشريعات العربية[271]، كالقانون المدني الأردني الذي نص عليها بمقتضى المادة 132 منه، حيث جاء فيها "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك".

يتضح لنا من هذه المادة، أن الشخص الذي تجتمع فيه عاهتين من العاهات الثلاث، العمى والبكم والصم، ليس ناقص الأهلية، بل إن التصرف القانوني يعتبر منعقدا بإرادة صاحبه؛ كلما هنالك أن المشرع قرر له نوعا من الحماية، تتمثل في مساعدة الوصي في التعبير عن إرادته؛ وهذا هو الرأي الذي يؤيده جمهور الفقه، على اعتبار أن هذه الأمراض لا تعوق وجود الإرادة مادامت غير مصحوبة باضطرابات عقلية. ولعل هذا الرأي يمكن تأييده بأحكام المادة 97 من ق.ل.ع. التي جاء فيها: "الصم البكم وغيرهم من ذوي العاهات يسألون عن الأضرار الناتجة من أفعالهم أو أخطائهم إذا كان لهم من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعمالهم"[272].

[270] تنبغي الإشارة، إلى أن المرأة المتزوجة لم يكن بإمكانها أن تمارس التجارة بدون إذن زوجها، تطبيقا للمادة السادسة والسابعة من القانون التجاري القديم، حيث نصت المادة الأولى "لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تكون تاجرة في المغرب بدون رضى زوجها مهما كانت مقتضيات قانونها للأحوال الشخصية بهذا الصدد". بينما نصت المادة الثانية –أي السابعة– على ما يلي "ومتى كانت المرأة متصفة بصفة تاجر جاز لها أن تلتزم بدون إذن زوجها في كل ما يعود لشؤون تجارتها، وفي هذا الحال تلتزم بدون إذن زوجها إذا كان بينهما شيع في الأموال".

وإذا كان المشرع المغربي قد تراجع عن هذا الحجر الذي كان واردا على المرأة بمقتضى المادة 17 من مدونة التجارة المغربية التي جاء فيها على أنه يحق للمرأة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها، فإننا نود أن نشير إلى أن الحكم القديم كان من مخلفات الفكر الغربي –الذي كان يقلل من شأن المرأة، بخلاف الوضع بالنسبة للشريعة الإسلامية التي أنزلتها منزلة خاصة وأعطتها الحرية الكاملة في التصرف بأموالها والاستقلال المالي–، حيث إن سلطات الحماية عندما وضعت القانون التجاري لسنة 1913 تأثرت بالقوانين السارية المفعول أنذاك في فرنسا.

للتعمق في هذه النقطة، راجع أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:223.

[271] من هذه التشريعات القانون المصري، الذي نص على هذه الحالة بمقتضى المادة 70 من قانون الولاية على المال، حيث جاء فيها بأن الشخص إذا كان أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في إجراء التصرفات التي تستلزم إذنا من المحكمة.

[272] أحمد الخمليشي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين؛ مرجع سابق؛ ص:170.

البند الثاني: عيوب الرضى

223. من خلال ما سبق، فإن دراسة هذا المبحث تقتضي منا أن نقف على مختلف عيوب الرضى كما هي منصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود المغربي، تحت عنوان عيوب الرضى، حيث جاء في الفصل 39 من هذا القانون ما يلي: "يكون قابلا للإبطال، الرضى الصادر عن غلط، أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع بإكراه". إضافة إلى الغبن في الحالات المنصوص عليها في الفصول 54، 55 و56 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، دون أن نغفل التطرق للعمل القضائي المغربي، الذي أثر بشكل مهم في قراءة مختلف النصوص القانونية المقررة لعيوب الرضى.

الفقرة الأولى: الغلط

224. تنبغي الإشارة بداية إلى أن القانون الروماني القديم لم يكن يجعل الغلط من الأسباب التي تؤدي إلى إبطال التصرفات القانونية؛ وقد كان هذا أمرا طبيعيا، لكون الرومان في العصر العلمي لم يفسحوا المجال لنظرية عيوب التراضي[273]، زد على ذلك أن أغلب التصرفات القانونية في هذه المرحلة كانت تصرفات شكلية وليست رضائية. بعبارات أخرى، فإن إرادة الأفراد لا تتدخل في تحديد آثار التصرف، بل تتم مطابقة هذا التصرف القانوني مع النموذج المحدد. إضافة لذلك، فإن الهم الأكبر بالنسبة للرومان كان هو الحفاظ على ثبات التصرفات القانونية واستقرارها.

غير أنه فيما بعد، أصبح الغلط من أهم عيوب الرضى في الحياة العملية، وذلك بسبب كثرة حدوثه؛ لاسيما أنه بخلاف باقي العيوب الأخرى التي تحدث نتيجة تدخل من الغير، فإن الغلط ينتج عن مجرد تصور خاطئ وقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه. كما أنه من جهة أخرى لم تتفق التشريعات ولم يستقر الفقه على رأي واحد بخصوص هذا العيب، حيث تنازعته مجموعة من الآراء والنظريات؛ الأمر الذي يقتضي منا أن نقف

[273] عبد المجيد الحفناوي: نظرية الغلط في القانون الروماني؛ دراسة تحليلية وتأصيلية لفكرة الغلط مع تحليل شامل للنصوص؛ منشأة المعارف؛ 1974؛ ص:21.

عن ماهيته (أولا)، وأيضا على موقف المشرع المغربي من نظرية الغلط (ثانيا).

كما تقتضي منا دراسة هذا العيب أن نتطرق لنقطتين مهمتين؛ أولهما تمييز الغلط في القانون عن قاعدة عدم العذر بجهل القانون (ثالثا)، وثانيهما تناول إشكالية مدى التعارض بين نظرية الغلط ومبدأ استقرار المعاملات أو الأمن القانوني (رابعا).

أولا: ماهية الغلط

225. الغلط هو **وهم يصور للمتعاقد الواقع على غير حقيقته**، الأمر الذي يدفعه إلى التعاقد نتيجة لهذا التصور الخاطئ. أو على حد تعبير الفقيه السنهوري[274]، فإن الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع. وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها. أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها.

لعل ما يميز الغلط عن باقي عيوب الرضى، كما يتضح لنا من التعاريف السالفة الذكر التي أعطاها الفقه للغلط، هو أن العيوب الأخرى المتمثلة أساسا في التدليس والإكراه وأيضا في مختلف حالات الغبن لاسيما المقرونة بالتدليس أو الاستغلال تقع نتيجة لتأثير الغير، بخلاف الوضع بالنسبة للغلط الذي ينتج عن تصور ذاتي خاطئ مخالف للواقع يقع فيه المتعاقد الذي تعيبت إرادته من تلقاء نفسه.

226. وقد تجاذبت فكرة الغلط نظريتان، الأولى تسمى بالتقليدية (أ)، والثانية تعتبر نظرية حديثة مقارنة بالأولى (ب).

أ: النظرية التقليدية في الغلط

227. قسمت النظرية التقليدية الغلط إلى ثلاثة أنواع، جعلت لكل واحد منها أثرا معينا على الإرادة؛ وتتمثل هذه الأنواع في الغلط المانع (1)، الغلط المؤثر في عنصر الإرادة (2)، والغلط غير المؤثر في الإرادة (3).

[274] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ المجلد الأول مصادر الالتزام؛ مرجع سابق؛ ص:311.

1. الغلط المانع أو الحائل

228. يقع هذا النوع من الغلط، حسب نظرية تقليدية في الفقه الفرنسي، **في ماهية العقد**، أو **في ذاتية المحل**، أو **في السبب**[275]؛ ومن قبيل الغلط الواقع **في ماهية العقد** أن يؤجر شخص معين منزله بأجرة سنوية، بينما يعتقد الطرف الآخر على أنه يبيعه هذا المنزل[276] مقابل إيراد مرتب سنوي؛ **أما الغلط الواقع في ذاتية المحل** فمن قبيل البائع الذي يبيع عقارا معينا في الوقت الذي انصرفت فيه إرادة المشتري إلى عقار آخر؛ **وأخيرا فإن الغلط في السبب** يمثل له الفقه[277] بالحالة التي يتفق فيها الورثة مع الموصى لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة.

لعل الذي نستشفه من جميع هذه الصور للغلط المانع L'érreur obstacle، هي أنها لا تقتصر على تعييب الإرادة **وإنما تعدمها بشكل تام**؛ ولذلك فهي تسمى بالغلط المانع أو الغلط الحائل دون انعقاد العقد، مادام هناك غياب تام للتطابق بين الإرادتين. ولذلك، فإن الفقه يستبعد دراسة هذا النوع من الغلط بمناسبة حديثه عن صحة التراضي، لأنه يتصل بوجود التراضي، حيث إن هذا الأخير يعتبر غير موجود في حالة الغلط المانع، مما يعني أن العقد منعدم وباطل.

2. الغلط المؤثر أو المنتج

229. يسمى هذا النوع بالغلط المؤثر أو المنتج، لأنه يؤثر في سلامة إرادة المتعاقد وفي صحة العقد[278]، حيث يستتبع هذا الغلط قابلية العقد للإبطال. ويتحقق هذا النوع **في حالتين**؛ **الأولى** إذا وقع الغلط في مادة الشيء محل التعاقد، كأن يتم التعاقد على شراء

---

[275] ياسين محمد الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق؛ ص:200.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:158.

[276] FLOUR Jacques, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX : Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique, op.cit ; P:158.

[277] أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:87.

[278] FLOUR Jacques, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX : Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique, Op.cit, P:159.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:160.

قطعة أرضية لاعتقاد المشتري أنها صالحة للبناء ثم يتبين له أنها غير ذلك، وإنما معدة فقط للفلاحة؛ **أما الحالة الثانية** فهي المتمثلة في الغلط الواقع في هوية الشخص المتعاقد معه إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد كطبيب جراح مشهور مثلا أو محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض.

3. الغلط غير المؤثر أو غير المنتج

230. كما يتضح من تسميته، فإن هذا النوع من الغلط لا تأثير له على عنصر التراضي؛ أي أنه لا يؤثر في سلامة إرادة المتعاقد ولا في صحة العقد، الذي يبقى مع ذلك صحيحا ومنتجا لكافة آثاره القانونية؛ ومن قبيل هذا النوع الغلط في القيمة، الغلط في الباعث، والغلط في الحساب، إضافة لحالات التوهم التي تقع بخصوص شخصية المتعاقد أو صفته إذا لم يكن لها أي اعتبار في العقد.

231. نستشف مما سبق، أن الفقه الفرنسي التقليدي ورث عن القانون الفرنسي القديم تقسيم الغلط إلى ثلاثة أنواع كما سبق أن أشرنا لذلك؛ ورتب عن تحقق كل نوع منها جزاء قانونيا معينا، حيث رتب عن الغلط المانع بطلان العقد، في حين جعل الجزاء بالنسبة للنوع الثاني القابلية للإبطال، أما الصورة الثالثة من الغلط فإنها لا تؤثر في صحة العقد. غير أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية، كما لم يعتد بها الفقه الحديث الذي اعتمد نظرية جديدة للغلط، تسمى بالنظرية الحديثة، وهي موضوع الفقرة الموالية.

ب: النظرية الحديثة في الغلط

232.لعل الملاحظة الأساسية بخصوص النظرية الحديثة في الغلط، **هي استبعادها للغلط المانع بشكل نهائي**، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، فإنها **ألغت التفرقة بين الغلط المؤثر وغير المؤثر**، حيث إنها اعتمدت **معيارا شخصيا ذاتيا أكثر مرونة**؛ ذلك أنه في جميع هذه الحالات لا تعتد بالغلط إلا إذا كان جوهريا ودافعا للتعاقد[279].

[279] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:160.

233. وقد تبنت معظم التشريعات الحديثة هذه النظرية، كما هو الشأن بالنسبة للقانون السويسري بمقتضى المادة 23 منه والقانون المدني المصري[280]، الذي نص عليها بمقتضى المادتين 120و121 منه؛ حيث جاء في الأولى "إذا وقع المتعاقد **في غلط جوهري** جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه". أما المادة 121 مدني مصري فقد نصت على ما يلي: "1. **يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط**. 2. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص: أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. ب-إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

ثانيا: الغلط في قانون الالتزامات والعقود المغربي

234. تناول قانون الالتزامات والعقود المغربي الغلط في الفصول من 40 إلى 45؛ ولعل الملاحظة البارزة هو كون هذا القانون **قد تأثر بالنظرية التقليدية** في الغلط كمبدأ عام (أ)، غير أن ذلك، كما يذهب لذلك جمهور الفقه المغربي، **لا يعني استبعاده لأحكام النظرية الحديثة**، وهذا ما يتضح لنا من خلال المقتضيات التي خصها للغلط في القانون، حيث إن هذا الأخير وتطبيقا للفصل 40 من ق.ل.ع. يؤدي للإبطال كلما كان الغلط جوهريا ودافعا إلى التعاقد (ب).

أ: حالات الغلط في الواقع دليل على تأثر المشرع المغربي بالنظرية التقليدية

235. يظهر لنا من خلال مراجعة الأحكام التي خصها المشرع المغربي لحالات الغلط في الواقع مدى تأثره بالنظرية التقليدية، حيث ميز بين الغلط المنتج والغلط غير المنتج، وإذا كان قد جعل من الأول سببا للإبطال، فإنه لم يعتد بالنوع الثاني كما هو الشأن بالنسبة للغلط في القيمة، الغلط في الباعث والغلط في الحساب[281].

---

[280] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق؛ ص:218.

[281] نص الفصل 43 من ق.ل.ع.م. على ما يلي "مجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ وإنما يجب تصحيحها".

أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:242.

=

أما الغلط المنتج أو المؤثر الذي يخول حق المطالبة بإبطال العقد، فقد مثل له المشرع المغربي في الغلط في مادة الشيء ونوعه (1)، الغلط في شخص المتعاقد أو صفته (2)، وأخيرا الغلط الحاصل من الوسيط (3).

1. الغلط في مادة الشيء ونوعه

236. نص على هذه الصورة من الغلط المؤثر الفصل 41 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "يخول الغلط الإبطال، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه، كانت هي السبب الدافع إلى الرضى". **وتبدو لنا ملاحظتين أساسيتين** بخصوص هذه المادة، نوردهما تباعا؛ **الملاحظة الأولى،** تتمثل في استعمال المشرع المغربي **لمصطلح ذات الشيء**[282]، في الوقت الذي يؤدي فيه هذا النوع من الغلط إلى البطلان وليس إلى مجرد الإبطال، لأنه صورة من صور الغلط المانع التي سبق لنا الوقوف عندها؛ الأمر الذي دفع جمهور الفقه المغربي[283] إلى القول بأن المشرع المغربي إنما خانه التعبير، حيث يقصد مادية الشيء وليس ذاتيته.

أما الملاحظة الثانية، فتتجلى في كون المشرع المغربي كان أكثر دقة من نظيره الفرنسي، حيث أشار إلى درجة التأثير، الذي تطلب فيها الفصل السالف الذكر أن تكون جوهرية وليست مجرد ثانوية، بإضافته لعبارة 'كانت هي السبب الدافع إلى الرضى'؛ في حين أن القانون الفرنسي لم يشر لهذه الصفة، الأمر الذي دفع القضاء الفرنسي إلى إضافتها، حيث علق إبطال العقد نتيجة غلط في صفة مادة الشيء على أن تكون جوهرية.

عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:101.

[282] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ منشورات عكاظ؛ الطبعة الثانية/ 1987؛ ص:234.

عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:103.

عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد؛ مرجع سابق؛ ص:312.

مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:77.

[283] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:234.

عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:103.

عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد؛ مرجع سابق؛ ص:312.

2. الغلط في شخص المتعاقد أو صفته

237. نص على هذا النوع من الغلط الفصل 42 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، الذي جاء فيه ما يلي: "الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته لا يخول الفسخ[284] إلا إذا كان هذا الشخص، أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر".

238. يظهر هذا بشكل خاص في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي كما هو الشأن بالنسبة لشركة الأشخاص والمقاولة والوكالة والهبة. لكن ذلك لا يعني أن العقود الأخرى بعيدة عن هذه الصورة، ففي عقد الكراء، قد تتخلف صفة فيه كانت هي الدافع للتعاقد، كمن يكتري شقة معينة على أساس حسن سلوك الجيران ثم يتبين له عكس ذلك.

3. الغلط الحاصل من الوسيط

239. اعتبر المشرع المغربي الغلط الواقع من الوسيط كالغلط الحاصل من المتعاقد نفسه، مادام أن دور الوسيط يقتصر فقط على نقل إرادة الموجب إلى القابل. وهذا ما يتضح لنا من الفصل 45 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين، كان لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ[285] الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين 41 و42 السابقين وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ ولا بحكم الفصل 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات".

ب: حالة الغلط في القانون تظهر تأثر المشرع المغربي بالنظرية الحديثة

240. يقصد بالغلط في القانون، ذلك الغلط الذي يقع على حكم من أحكام القانون في أمر من أمور التصرف القانوني، أو بتعبير بعض الفقه المغربي[286] هو تلك الحالة التي يتعاقد فيها الشخص معتقدا بأن القانون يقضي فيها بحكم معين ثم يتبين له

[284] المقصود الإبطال.

[285] المقصود الإبطال.

[286] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:227.

عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول: نظرية الالتزامات، مرجع سابق، ص:105.

خلاف ذلك. ومن أمثلته، أن يتنازل شخص معين عن نصيبه من تركة زوجه لآخر، اعتقادا منه أن نصيبه منها لا يتعدى الربع، بينما هو يقدر بالنصف.

241. وقد تطلب المشرع المغربي لتحقق هذه الصورة من الغلط **ضرورة توفر شرطين أساسيين**، كما يتضح لنا من مراجعة أحكام الفصل 40 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "الغلط في القانون يخول إبطال الالتزام:

1- إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي؛
2- إذا أمكن العذر عنه".

242. تنبغي الإشارة، إلى أنه بالرغم من تحقق الشروط السالفة الذكر، فإن المشرع قد لا يجيز في بعض الحالات الخاصة الاعتداد بالغلط في القانون كمبرر للإبطال، وذلك بمقتضى نصوص قانونية، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 1112 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون، ولا يجوز الطعن فيه بسبب الغبن إلا في حالة التدليس". وقد طبق القضاء المغربي هذا المقتضى في العديد من قراراته، من ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20 ماي 1967[287]، الذي جاء فيه "إن العقد الذي يجعل حدا للنزاع بتخلي كل طرف عن بعض مزاعمه لفائدة الآخر لا يمكن اعتباره عقدا مصححا لعقد آخر وبالتالي لا يمكن الحكم ببطلانه لبطلان العقد من أجل الغلط وانتفاء السبب، وإلا أزيلت عنه صفة الصلح ولم تطبق المحكمة القانون تطبيقا سليما مما يجعل حكمها معيبا بخرق القانون معرضا للنقض".

ونؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه المغربي[288] في تعليقه على هذه المادة، من كون غاية المشرع من هذا النص تتمثل في تلافي الطعن في الصلح لغلط في القانون؛ مع ما يستتبع ذلك من منع إثارة الخلاق من جديد في الوقت الذي يكون فيه النزاع قد انتهى بحلول توافقية بين أطرافه عن طريق تنازل كل واحد منهما عن جزء من الحق الذي يدعيه.

---

[287] مجلة القضاء والقانون؛ العدد 88/ 89؛ 1968؛ ص:407.

[288] عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد؛ مرجع سابق؛ ص:312.

ثالثا: تمييز الغلط في القانون عن قاعدة عدم العذر بجهل القانون

243. يقصد بقاعدة عدم العذر بجهل القانون، أنه بمجرد صدور القاعدة القانونية ونفاذها بنشرها في الجريدة الرسمية، فإنها تصبح ملزمة لكافة المخاطبين بها دون أي استثناء، سواء علموا بها أو لم يعلموا[289]؛ مما يعني أنه **لا يقبل بأي وجه من الوجوه أن يحتج أحد المخاطبين بالقاعدة القانونية بجهله للأحكام الواردة فيها.**

نرى أن **المبرر الأساسي لهذا المبدأ هو المساواة بين المخاطبين بالقانون،** حيث إن عدم الأخذ بهذه القاعدة يمكنه أن يؤدي إلى سريانها على البعض فقط، ومن ثم فإنه حتى يتم احترام المساواة أمام القانون الذي يعتبر مبدأ دستوريا، فإنه ينبغي خضوع جميع المخاطبين بالقاعدة القانونية لأحكامها سواء كانوا يعلمونها أم لا.

244. قد يبدو أن هناك تناقض، على الأقل ظاهريا، بين قاعدة عدم العذر بجهل القانون ومضمون الفصل 41 من ق.ل.ع. الذي يتسامح مع الشخص الذي يقع في غلط في القانون، حيث يخوله إمكانية المطالبة بإبطال العقد؛ **في حين أن الحقيقة تظهر لنا عكس ذلك،** حيث إنه في حالة الغلط في القانون فإن المتعاقد يعتقد أن القانون يخوله حق معين أو يحرمه منه فيتبين له عكس ذلك، ففي هذه الحالة أجاز له المشرع المطالبة بإبطال العقد، والسبب في ذلك هو أن هذا الشخص لا يرغب في التهرب من تطبيق القانون عليه بحجة عدم علمه به، وإنما يرغب في تصحيح الوضعية بناء على ما ينص عليه القانون.

إضافة لذلك، فإن المشرع قد وضع مجموعة من القيود لقبول العذر بالغلط في القانون رغبة منه في تجنب فتح المجال للتحايل أو التهرب من الأحكام القانونية، لذلك فإن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على الأشخاص الذين يفترض فيهم العلم بمقتضيات القاعدة التي يدعي الغلط بشأنها، فلا يمكن أن نقول بأن المحامي أو الموثق معذور بجهله في كون الوصية ينبغي أن تكون في حدود الثلث.

[289] ECHARKAOUI Abderrahman : L'accès du consommateur au droit et à la justice ; Thèse de doctorat en droit privé/ Université HASSAN II/ Casablanca Ain Chock/2008 ; P:16.

رابعا: الغلط بين حماية إرادة المتعاقد وتحقيق الأمن القانوني

245. يمكن القول، بأنه خلال السنوات الأخيرة عرفت المعاملات المدنية والتجارية انتشارا مفرطا للعقود النموذجية، وما يعتريها من تعقيد في صياغة بنودها، الأمر الذي ينتج عنه صعوبة فهم محتواها، لاسيما بالنسبة للطرف القليل الخبرة، والذي لا تمكنه ثقافته القانونية والفنية من الإلمام بها، مما يعرضه للغلط[290]. في ظل هذه المعطيات، **نتساءل عن مدى إمكانية اعتماد القضاء على نظرية الغلط من أجل حماية إرادة المستهلك.**

246. يبدو أن القضاء يحاول جاهدا أن يراعي مجموع هذه المعطيات، حيث نجده يتشدد في قبول الدفع بالغلط من طرف الأشخاص المحترفين، وفي مقابل ذلك يتساهل إزاء غيرهم كالمكتري، والمقترض والمستهلك عموما. وقد ظهر لنا هذا التوجه لدى القضاء الفرنسي، الذي قرر أنه كلما كان العقد محتويا على شروط معقدة، لاسيما بالنسبة للأشخاص غير المحترفين الذين تنقصهم الخبرة، فإن المشترط يلتزم بتقديم كافة البيانات من أجل توضيح هذه الشروط ومداها، مما يجنب المتعاقد غير الخبير من الوقوع في الغلط[291].

247. بخلاف القضاء المغربي، فإن نظيره الفرنسي عمل على التوسع في تفسير المادة 1110 مدني قبل تعديلها[292]، المقابلة للفصل 41 ق.ل.ع.م، بما من شأنه حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف؛ فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 18 يوليوز 1958 بإبطال عقد قرض مؤجل لكون المقترض وقع في غلط عندما اعتقد بأن القرض يدفع فور التعاقـد[293]. وفي قرار لها بتاريخ 15 فبراير 1950 ذهبت فيه إلى "أن

[290] عمر السيد مؤمن: الغلط المفسد للرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي،كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، طبعة 1991.

[291] Berlioz G. : Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, PARIS, 1973, P:101.

[292] أصبحت هي المادة 1132 بمقتضى التعديل الذي تم بالأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016؛ وقد جاء فيها:

« l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du contractant ».

[293] Berlioz G. : op.cit, p:100.

=

عدم إظهار الشرط الذي ينص على عدم إمكان الاستفادة من القرض إلا بعد مرور عدة سنوات في مكان متميز من العقد، فإن الشركة المقرضة تكون قد أوقعت عميلها في غلط جوهري متعلق بأحد شروط العقد الأساسية"[294].

من أجل توسيع دائرة الحماية للمستهلكين، **فإن محكمة النقض الفرنسية بدأت تتوسع مؤخرا في تقرير أنواع الغلط القابل للإبطال،** ففي قرار لها بتاريخ 17 مارس 1987 قضت بحماية المتعاقد الذي وقع في غلط بالنسبة لشرط متعلق بعدم الضمان[295]. **كل ذلك بخلاف القضاء المغربي،** الذي ظل وفيا لروح الفصول المنظمة للغلط دون أن يتمكن من التوسع في تفسيرها، بما يخوله حماية الطرف الضعيف ويساير المتغيرات التي عرفتها وتعرفها المعاملات.

248. بالرغم من التوسع الذي قام به القضاء الفرنسي في نظرية الغلط، محاولة منه لتحقيق قدر من التوازن في ظل انتشار الشروط التعسفية والعقود النمطية، بما يمكنه أن يؤدي إلى حماية إرادة المستهلك، فإن هذه النظرية كما يقول الأستاذ عبد الباسط الجميعي[296] تظل قاصرة على أن تكون الوسيلة الفعالة في هذا المجال، خصوصا لما يترتب عن إعمالها من إبطال للعقد، وليس مجرد استبعاد الشروط التعسفية مع الإبقاء على وجوده.

الفقرة الثانية: الإكراه

249. تناول المشرع المغربي الإكراه في الفصول من 46 إلى 51 من قانون الالتزامات والعقود؛ ويقتضي منا تناول هذا العيب أن نقسمه هو الآخر إلى أربع محاور، نتناول في الأول تعريف الإكراه (أولا)، ثم بعد ذلك نقف عند أنواعه (ثانيا)، وشروطه (ثالثا)، وفي الأخير نقف عند مدى استجابة الأحكام التي خصصها القانون المغربي لهذا العيب في التوفيق بين الرغبة في حماية إرادة الطرف المكره –بفتح الراء– وتحقيق الأمن القانوني (رابعا).

Hélène bricks : Les clauses abusives , paris, L.G.D.J, 1982, p :185.

294 Hélène bricks : op.cit, p:195.

295 AULOY Calais: Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 1996, p:155.

296 حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد– ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية– دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 – 1991، ص: 70.

أولا: تعريف الإكراه

250. لم يكتفي المشرع المغربي بتحديد عناصر وشروط هذا العيب من عيوب الإرادة، وإنما تجاوز ذلك، فقام بوضع تعريف له بمقتضى الفصل 46 من ق.ل.ع. حيث جاء فيه "الإكراه إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه".

251. كما سبق أن أشرنا لذلك في العديد من المناسبات، فإننا لا نحبذ هذا المسلك الذي سار عليه المشرع المغربي، مادام أن التعاريف هي من اختصاص الفقه؛ وبالفعل فإن هذا الأخير أسهب في هذا الموضوع، من ذلك ما ذهب إليه الفقيه السنهوري، حيث عرفه بأنه "ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد كما أن الذي يفسد الرضا في التدليس، ليست هي الطرق الاحتيالية، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم"[297].

على مستوى الفقه المغربي، نحبذ التعريف الذي وضعه الأستاذ العرعاري، حيث ذهب إلى أن الإكراه هو عبارة عن ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولد لديه حالة من الرهبة والخوف مما يدفعه أو يحمله على التعاقد[298]. فالإكراه إذن يصيب الإرادة في أحد عناصرها، وهو عنصر الحرية والاختيار، حيث إن الرهبة التي ولدها الإكراه هي التي تدفع المتعاقد إلى التعاقد، ومن تم كانت الإرادة معيبة.

252. قبل الانتقال إلى تناول مختلف الأحكام التي خصها المشرع المغربي لهذا العيب، نشير إلى أن **الفقه الإسلامي** ينظر إلى الإكراه باعتباره عيبا يشوب الرضا بنفس نظرة القانون المعاصر إليه، فهو لا يعدم الإرادة ولا الاختيار وإنما يعدم فقط ما يطلقون

[297] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام؛ مرجع سابق؛ ص:360.
وهذا التعريف قريب من ذلك الذي ذهبت له محكمة النقض المصرية، التي عرفته كما يلي "الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع في النفس أو المال، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا".

[298] عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول: نظرية الالتزامات، مرجع سابق، ص:117.

عليه "الرضا" بالمعنى الخاص لهذا الاصطلاح عندهم والذي يفيد مجرد الرغبة في الأمر والارتياح إليه، وهكذا فالاختيار موجود ولكنه فاسد[299].

ثانيا: أنواع الإكراه

253. لم تقتصر بعض التشريعات على وضع تعريف للإكراه، بل أشارت إلى أنواعه، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الأردني بمقتضى المادة 135، التي جاء فيها "الإكراه هو إجبار الشخص على أن يعمل عملا دون رضاه **ويكون ماديا أو معنويا**". إلى جانب هذا التقسيم المهم والأساسي للإكراه (أ)، يميز الفقه أيضا بين الإكراه الإيجابي والإكراه السلبي (ب).

أ: الإكراه المادي والإكراه المعنوي

254. يجمع الفقه على أن الإكراه إما أن يكون ماديا أو معنويا، **فالإكراه المادي** هو الذي تكون وسيلته الإكراه الجسماني إذا وقع فعلا كالضرب فيقبل الشخص العقد بهدف التخلص من استمرار الألم؛ فهذا النوع من الإكراه يعدم الإرادة، ولذلك يسمى بالإكراه المعدم للرضا. وهذا النوع يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهو يخرج من نطاق بحثنا، و مثال هذا النوع، أن يمسك شخص آخر ويدفعه إلى التوقيع على العقد عنوة.

أما الإكراه المعنوي، فإنه يتم بالتهديد بالإيذاء بالقتل أو الضرب، فيقبل الشخص المتعاقد تفاديا للألم المستقبل، ولعل النوع الثاني هو الأكثر شيوعا في وقتنا الحالي. فهذا النوع هو الذي يعيب الإرادة، حيث تكون فيه هذه الأخيرة موجودة، إلا أنها ليست حرة، وهو ما يسمى بالإكراه المفسد للرضاء Violence visant le consentement،

[299] عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة؛ مرجع سابق؛ ص: 382.
ومن بين الفقرات الجامعة التي أوردها الفقه والتي تلخص موقف الفقه الإسلامي بهذا الخصوص، نورد تلك التي ذكرها الفقيه أنور سلطان؛ حيث كتب "الإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه؛ ذلك **أن الإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين، هما الاختيار والرضا.والاختيار** هو القصد إلى التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد؛ **أما الرضا** فهو الرغبة في أثار العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه. وعلى هذا فوجود الرضا يستلزم وجود الاختيار، أما الاختيار فقد يوجد دون وجود الرضا، ولذا فإن المكره يعتبر غير راض في العقد لعدم رغبته في تحمل الآثار التي يولدها، ولكنه مختار لأنه عرف الشرين واختار أهونها".
أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:71.

حيث يكون المتعاقد أمام خيارين إما أن يتحمل الأذى أو يتعاقد، فيختار التعاقد لدرء الأذى عن نفسه.

255. ويستبعد الفقه النوع الأول منه، بحيث يؤكد أنه لا علاقة تربطه بعيوب الرضا[300]، على اعتبار أن إرادة المتعاقد تكون قد انعدمت، مما يجعله أقرب إلى القوة القاهرة منه إلى مجرد عيب في الإرادة، أما الإكراه المعنوي فهو الشائع، وهو الذي يعنينا في هذه الفقرة.

ب: الإكراه الايجابي والإكراه السلبي

256. إضافة للإكراه الإيجابي الذي تطرقنا للعديد من أمثلته، **فإن الإكراه قد يكون سلبيا**، كما لو قبل شخص القيام بعمل، ثم هدد الطرف الثاني بالامتناع عن القيام به، وكان في الامتناع ما يهدد بخطر جسيم، كالطبيب الذي يمتنع عن إجراء العملية الجراحية التي سبق للمريض أن تعاقد معه من أجل القيام بها، إلا إذا منحه زيادة كبيرة في الأجر المتفق عليه.

ثالثا: شروط الإكراه

257. لكي يعتبر الإكراه عيبا من عيوب الإرادة، ينبغي توفر مجموعة من الشروط في الإكراه، يمكن اختزالها في عنصرين أساسيين؛ الأول موضوعي يتمثل في ضرورة استعمال وسائل الضغط والإجبار خارج نطاق المشروعية (أ)، أما العنصر الثاني فهو نفسي، يتمثل في الرهبة التي يحدثها الإكراه في النفس مما يحمل المتعاقد المكره على التعاقد (ب).

أ: العنصر الموضوعي

258. يتجلى العنصر الموضوعي في استعمال المكره –بكسر الراء– وسائل الضغط والإجبار خارج نطاق المشروعية؛ أي أن هذا العنصر ينشطر إلى شرطين، **الأول** يتمثل

---

[300] للتعمق في إشكالية الإكراه، يمكن الرجوع إلى مؤلف الدكتور عمر السيد مؤمن: الإكراه المفسد للرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، كلية الحقوق، القاهرة، طبعة 1998.

في ضرورة أن تكون وسائل الضغط المستعملة على جانب من الخطورة[301]، كما يتضح من مقتضيات الفصل 47 من ق.ل.ع. الذي نص على أن الإكراه لا يخول الإبطال إلا:

1. إذا كان هو السبب الدافع إليه؛
2. إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألما جسيما أو اضطرابا نفسيا، أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير، مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم".

أما الشق الثاني من العنصر الموضوعي، فيتمثل في اشتراط مختلف التشريعات للاعتداد بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة وبالتالي اعتباره سببا موجبا للإبطال، **أن يتم ممارسته خارج نطاق المشروعية**[302]؛ والأمثلة كثيرة على ذلك، من قبيل أن يتم تهديد شخص معين بقتله شخصيا أو أحد من أقاربه إذا لم يوقع على عقد معين، **فوسائل الإكراه هذه تمارس خارج نطاق المشروعية، أي أنها تتم باستعمال وسائل غير مشروعة وتهدف إلى تحقيق غرض غير مشروع**، لذلك فهي تخول للمكره إمكانية المطالبة بإبطال العقد بناء على تعيب إرادته.

259. إضافة لذلك، فإن وسائل الإكراه تؤدي إلى تعيب إرادة المكره، وبالتالي تخول له إمكانية المطالبة بإبطال العقد بناء على هذا العيب، **حتى لو كانت هذه الوسائل مشروعة إذا كانت تهدف إلى تحقيق غرض غير مشروع**، كما هو الشأن بالنسبة للحالة التي استشهد بها المشرع المغربي في الفصل 48 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "الخوف الناتج عن المطالبة القضائية أو عن الإجراءات القانونية الأخرى لا يخول الإبطال، **إلا إذا استغلت حاجة المتعاقد المهدد بحيث تنتزع منه فوائد مفرطة أو غير مستحقة،...**". ومن قبيل هذه الحالات أيضا، مفاجأة شخص لآخر متلبسا بجريمة معينة، فيستغل هذا الظرف ليجبره

[301] TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations ; op.cit ; P:246.
[302] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit ; P:186.
TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations ; op.cit ; P:247.

على توقيع عقد يتضمن مبلغا ماليا كبيرا ليس له أي حق فيه أو أكثر من حقه. من قبيل ذلك، الحالة التي يكون فيها الزوج متابعا بجريمة الخيانة الزوجية، فتشترط عليه الزوجة من أجل التنازل عن الشكاية في مواجهته أن يتنازل لها عن حق معين كالمنزل.

بمفهوم المخالفة، **فإن وسائل الضغط إذا كانت تمارس في نطاق المشروعية التامة،** أي أن الوسيلة مشروعة والغاية أيضا مشروعة، فإن الإكراه في هذه الحالة، وإن كان يؤثر على الإرادة، فإنه لا يصل إلى درجة تعييبها بما يسمح بإبطال العقد، وهذا ما يتضح لنا من مقتضيات الفصل 48 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "الخوف الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية أو عن الإجراءات القانونية الأخرى لا يخول الإبطال".

260. بقيت نقطة أخيرة فيما يتعلق بهذا العنصر، لم يتفق الفقه بشأنها، وهي المتعلقة بالصورة التي تكون فيها **الغاية من استعمال وسائل الإجبار مشروعة، إلا أن الوسائل في حد ذاتها غير مشروعة،** كما هو الشأن بالنسبة لتهديد شخص بالتشهير به إذا لم يرد إليه حقه، أو حالة الزوجة التي تهدد زوجها المتقاعس في الإنفاق عليها باختطاف أبنائهما إذا لم يسرع في القيام بواجباته.

فجمهور الفقه[303]، ذهب إلى أن هذه الوسائل لا تؤدي إلى إبطال العقد ما دامت لم تصل إلى درجة الجريمة المعاقب عليها؛ في حين يرى جانب آخر من الفقه[304] على أن الإكراه يتحقق كلما كانت الوسيلة غير مشروعة أو الغاية غير مشروعة، بغض النظر عما إذا وصلت هذه الوسيلة إلى درجة الجريمة أو لم تصل؛ ذلك أن الإكراه يتحقق كلما كان القانون لا يجيز استعمال وسيلة سواء كانت القاعدة جنائية أم مدنية. مبررا ذلك، بكون الإقرار بغير ذلك يعني إحياء جديد لنظام العدالة الخاصة.

---

[303] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:297.
مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ بدون ذكر دار النشر ولا سنة الطبع؛ ص:24.
عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق؛ ص:371.
عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، مرجع سابق؛ ص:120.
أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:73.

[304] إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام؛ نظرية العقد؛ مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء/ 1981؛ ص:120.

ب: العنصر النفسي

261. يقصد بهذا العنصر، أنه من أجل أن يعتد بالإكراه كسبب من أسباب إبطال العقد، فإنه ينبغي أن يتم التعاقد تحت وطأة الخوف والرهبة الناجمين عن الإكراه[305]؛ أو بعبارات أخرى، فإن الإكراه في ذاته لا يعيب الرضا، بينما الذي يعيبه ما يولده في نفس المكره –بفتح الراء– من رهبة. وهذا العنصر يتضح لنا من خلال الفقرة الثانية من الفصل 47 من ق.ل.ع.

بل إن أحكام هذا الفصل، تؤكد لنا أن المشرع المغربي **راعى كل العوامل الشخصية** التي يمكنها أن تحدد درجة التأثير على نفسية المتعاقد، والتي تتمثل في تنصيصه على ضرورة مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم.

262. قبل الانتهاء من هذا العيب من عيوب الرضى، فإنه ينبغي أن نقف على **ملاحظتين أساسيتين:**

الملاحظة الأولى؛ أنه سواء صدر فعل الإكراه من المتعاقد أو الغير، كان هذا الأخير متواطئا مع الشخص المستفيد من الإكراه أو غير متواطأ معه؛ وهذا ما نص عليه الفصل 49 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "الإكراه يخول إبطال الالتزام وإن لم يباشره المتعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته". بل إن الفصل الموالي –أي الفصل 50– نص على أن الإكراه يخول الإبطال، ولو وقع على شخص يرتبط عن قرب مع المتعاقد بعلاقة الدم.

يبدو أن هذا الموقف هو الذي سبق أن أخذ به القانون الفرنسي، وأيضا هو نفسه موقف الفقه الإسلامي؛ وفي المقابل، نجد بعض التشريعات العربية اتخذت موقفا مغايرا كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني المصري، حيث تشترط المادة 128 منه أن

[305] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; p :94.

يكون الإكراه المفسد للرضا صادرا من قبل المتعاقد الآخر، أما إذا كان صادرا من شخص أجنبي عن العقد، فإن هذا الإكراه لا يفسد الرضا إلا إذا كان متصلا بالعاقد الآخر بأن كان يعلم به أو كان من المفروض عليه العلم به.

أما الملاحظة الثانية؛ فتتمثل في القاعدة التي أشار إليها الفصل 51 من ق.ل.ع. حيث أشار إلى أن الخوف الناشئ عن الاحترام لا يخول الإبطال، إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية. أي أن المبدأ، أن النفوذ الأدبي[306] لا يكفي كوسيلة للإكراه إلا إذا تجاوز صاحب هذا النفوذ في استغلاله الحد المتعارف عليه بين الناس وكان هذا النفوذ مصحوبا بوسائل أخرى، أو بتعبير الفصل السالف الذكر إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة؛ أو بحسب تعبير بعض الفقه المغربي، أن هذه الخشية المقرونة بالضغط تتحول إلى إكراه حقيقي[307].

رابعا: عنصر الإكراه بين حماية إرادة المكره والأمن القانوني

263. في ظل التحولات التي عرفتها العلاقات الاقتصادية وما نتج عنه من تباين واضح بين المتعاقدين، كان لزاما علينا أن نتساءل عن موقف القضاء **من "الإكراه الاقتصادي"** الذي نتج عن تغير الظروف الاقتصادية، والتي ترتب عنها استغلال الطرف الضعيف، وبدون استعمال أي وسائل ترهيبية.

264. نشير بداية إلى أن أول ملاحظة تبين لنا عجز نظرية الإكراه عن تحقيق الهدف المنشود، تتمثل في التعريف الذي أعطاه الفصل 46 من ق.ل.ع، حيث تطلب من خلاله **حصول فعل الانتزاع من طرف المكره،** وهو ما لا يظهر أنه ينطبق على حالتنا هذه، بالرغم من أن بعض الفقه[308] حاول بالاعتماد على بعض القرارات

[306] من قبيل النفوذ الأدبي، ذلك الذي يكون للأب عن أبنائه أو للزوج على زوجته أو الرئيس على مرؤوسه.

[307] ذهب القضاء المغربي إلى تقرير الإبطال بسبب الإكراه المعيب للرضا في حالة حبس الأم لابنتها الحامل في غرفتها والتي هي على وشك الاقتران بمن سبب لها الحمل، وتهديدها إياها بتركها لآلام الوضع إذا لم توقع ورقة تتنازل بمقتضاها عن جميع حقوقها لأختها.
أشار إليه الطيب الفصايلي في مؤلفه: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص:96.

[308] أبو ستيت: نظرية الالتزام، بدون ذكر سنة الطبع، ص:176.

الصادرة عن المحاكم الفرنسية للقول بتحقق الإكراه حتى في الحالات التي لا يقـوم فيها المكره سوى بعمل سلبي، ما دام يستغله، ويحقق به نفس أهداف العمل الإيجابي، المتمثل في الانتزاع .

265. زد على ذلك، أنه حتى في حالة القول بانطباق نظرية الإكراه على الطرف الضعيف اقتصاديا، فإنه لا يعتبر حلا ناجعا[309]، مادام يترتب على ذلك إبطال العقد، وليس الإبقاء عليه مع محاولة تحقيق التوازن بين التزامات الطرفين، وهو ما لا يرغب فيه أي من المتعاقدين، بل إنه يؤدي إلى اضطراب السوق، على اعتبار أن جل العقود التي تبرم في وقتنا الحالي تتميز بهذه الخصائص، وهو ما يجعلنا نتساءل عن فائدة تمسك القاضي بباقي العيوب الأخرى، ما دام يترتب عنها جميعا نفس الجزاء المدني، وفي مقدمتها عيب التدليس، الذي نخصص له الفقرة الموالية.

الفقرة الثالثة: التدليس

266. لقد أحسن المشرع المغربي عندما أحجم عن تعريف التدليس، لكون التعاريف من اختصاص الفقه؛ وفي هذا السياق عرفه الأستاذ محمد قاسم بأنه "غلط مستثار يقع فيه المتعاقد نتيجة الحيل التي يستخدمها المتعاقد الآخر، ويعتبره عملا غير مشروع من جانب المدلس، كإدلاء شخص ببيانات كاذبة عن حالته الصحية لشركة التأمين بقصد دفعها إلى إبرام عقد التأمين على حياته"[310]. كما عرفه الفقيه السنهوري[311] بأنه إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد. والتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد. وإذا انتقلنا إلى الفقه المغربي[312] نجده هو الآخر عرف التدليس بكونه عبارة عن مجموعة من الوسائل الاحتيالية التي يمارسها أحد

[309] Ghestin J. : Traité de droit civil, la formation du contrat, 3ed, L.G.D.J ; P:564.
Calais auloy J. : op.cit, P:156.

[310] محمد حسن قاسم: الوجيز في نظرية الالتزام، المصادر والأحكام، طبعة 1994، ص: 57.

[311] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق؛ ص:343.

[312] عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول: نظرية الالتزامات، مرجع سابق، ص:109.

المتعاقدين قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الآخر الشيء الذي يحمله على التعاقد.

267. ومن ثم، فإن **التدليس يختلف عن الغش**اختلافا واضحا، مادام أن الأول يرتبط بمرحلة تكوين العقد، في حين لا يمكن تصور الغش إلا بعد تكوين العقد، أي أثناء تنفيذه أو خارجا عن دائرته بالمرة؛ كما يختلف التدليس **عن النصب الاحتيالي أو التدليس الجنائي** الذي يهدف من ورائه المدلس عن طريق استعمال بعض الأساليب إلى تحقيق مجموعة من المصالح غير المشروعة، وغالبا ما تكون هذه الوسائل أشد جسامة من تلك المستعملة في التدليس المدني؛ لهذه الاعتبارات، فإن الجزاء يكون أكثر قسوة في النصب الاحتيالي، حيث حدده المشرع في جزاءات جنائية كما يتضح لنا من مقتضيات الفصل 540 من القانون الجنائي المغربي[313].

أولا: عناصر التدليس

268. نستشف من التعاريف السالفة الذكر ومن الفصلين 52 و 53 من ق.ل.ع، أن المشرع المغربي وضع مجموعة من العناصر لتحقق التدليس، وبالتالي إمكانية إبطال القاضي للعقد، يمكن اختزالها في ثلاث، الأول يتمثل في استعمال طرق احتيالية من أجل تضليل المتعاقد الآخر (أ)، والثاني يتجلى في أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد (ب)، وأخيرا ينبغي أن يتم ارتكاب التدليس من طرف أحد المتعاقدين أو من قبل شخص يعمل بالتواطؤ معه (ج).

أ: استعمال وسائل احتيالية بقصد تضليل المتعاقد الآخر

269. يجمع الفقه بأن الطرق الاحتيالية تنطوي على جانبين؛ أو بعبارات أخرى، إن هذا الشرط يتكون من عنصرين، **الأول مادي** يتمثل في مجموعة من الوسائل والأساليب التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين للتضليل بالآخر، أو هو مجموع الطرق المادية التي تستعمل من أجل التأثير في إرادة الغير، وقد مثل لها الفصل 52 من ق.ل.ع.

[313] نص هذا الفصل على ما يلي: "يعد مرتكبا لجريمة النصب، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم، من استعمل الاحتيال ليوقع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر.
وترفع عقوبة الحبس إلى الضعف والحد الأقصى للغرامة إلى مائة ألف درهم، إذا كان مرتكب الجريمة أحد الأشخاص الذين استعانوا بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات أو أذنونات أو حصص أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو بمؤسسة تجارية أو صناعية".

بالحيل والكتمان[314]، ولم يشر إلى **الكذب** بالرغم من كونه أخطر من الكتمان، غير أنه من المتفق عليه أنه متى كان مألوفا ولا تأباه المعاملات الجاري بها العمل فإنه لا يستوجب الإبطال.

وقد أجمع الفقه على أنه بالرغم من كون القاعدة العامة تقضي بأن الكذب وحده لا يكفي في تكوين عنصر الحيلة اللازمة للقول بتحقق عنصر التدليس، فإنه مع ذلك قد يكون الكذب ولو مجردا من الطرق الاحتيالية بمثابة تدليس إذا تناول واقعة لها أهميتها عند المتعاقد، ذلك أنه ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير الصحيحة التي صدرت له في شأنها؛ وقد مثل لذلك بعض الفقه[315] بحالة الشخص الذي يعطي شركة التأمين بيانات كاذبة بقصد إخفاء حقيقة الأخطار التي يتعرض لها والتي تزيد في نفس الوقت من تبعة الشركة. نفس الشيء بالنسبة للحالة التي يخفي فيها الشخص كون عقاره محل نزع الملكية، فيدفع المشتري إلى إبرام العقد الذي يتفاجأ فيما بعد بكون عقاره مخصص للمنفعة العامة.

270. أما الجانب الثاني أو **العنصر الثاني فهو معنوي** ويقصد به أن تنصرف نية المدلس إلى تضليل المتعاقد معه[316]. وبمفهوم المخالفة، فإنه إذا ما انعدمت نية التضليل،

[314] Ghestin J. : La réticence, le dol et l'erreur sur les qualité substantielles,1971, p:247.

DARI-MATTICCI Giuseppe : Vices du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive ; droit et économie des contrats ; L.G.D.J. 2009 ; P:47.

[315] تابع هذا الفقه التعليق على هذه الوسيلة "...والكذب يعتبر خديعة وتغريرا في الفقه الإسلامي إذا وجد في عقد من عقود الأمانة التي يقال لها بيوع الأمانة؛ حيث يطمئن المشتري إلى أمانة البائع فيشتري منه على أساس الثمن الذي اشترى به السلعة فإذا بيعت السلعة على أن يزاد قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي سمي البيع مرابحة. وإذا بيعت على أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمي البيع وضيعة. وإذا بيعت بثمنها الأصلي سمي البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة، وسمي اشتراكا إذا أخذ المشتري بعضا منها. ففي هذه العقود إذا كذب البائع في بيان الثمن الأصلي كان هذا الكذب تغريرا وسمي عمله خيانة. ومن أمثلة عقود الأمانة في العصر الحديث عقود التأمين على اختلاف أنواعها، سواء في ذلك التأمين على الحياة أو التأمين على الأشياء أو ضد بعض الأخطار.

ومن قبيل عقود الأمانة في الفقه الإسلامي كذلك بيع الاسترسال والاستئمان، حيث يبين العاقد أن لا دراية له بسعر السوق فيستأمن المتعامل معه ويسترسل إلى نصحه ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع الناس أو تشتري به؛ فإذا كذب عليه المتعامل معه، فإن هذا الكذب يعتبر غشا وتدليسا.

أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:79 و80.

[316] في هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 15 يوليوز 1965 بأن مجرد الكتمان لا يترتب عنه بطلان التأمين الذي يستدعي عدم الضمان، بل لا بد من إثبات سوء نية المؤمن له، فسوء النية لا يفترض، وأن عبء إثبات سوء النية إنما يقع على عاتق من يدعيه، وهذا بخلاف =

فإنه لا يكون هناك تدليس؛ وهذه حالة التاجر الذي يقوم بإبراز سلعته بمختلف صور الإغراء هادفا من وراء ذلك إلى استهواء الزبناء.

ب: أن تكون أفعال التدليس هي الدافعة للتعاقد

271. يعبر عن هذا الشرط بضرورة أن تكون الوسائل الاحتيالية مؤثرة، أو أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد؛ أو بتعبير الفصل 52 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين...**قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر**...". بمعنى أنه للاعتداد بمختلف الوسائل الاحتيالية السالفة الذكر، فإنه لابد أن تبلغ من الجسامة حدا يعتبر دافعا للمتعاقد إلى التعاقد.

272. وقد ذهب جانب مهم من الفقه إلى التمييز بين **التدليس الدافع أو الأصلي والتدليس الثانوي أو العارض أو غير الدافع**[317]؛ حيث إن هذا الأخير إنما يقع على توابع الالتزام، ومن ثم فهو لا يعتبر دافعا إلى التعاقد كما هو الشأن بالنسبة للتدليس الأصلي. لذلك فإن الفقه مجمع على أنه إذا كان النوع الأول يخول المطالبة بإبطال العقد، فإن النوع الثاني لا يخول إلا إمكانية المطالبة بالتعويض؛ وهذا الحكم هو الذي أكد عليه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 53 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "التدليس الذي يقع على توابع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض".

ج: ارتكاب التدليس من طرف أحد المتعاقدين أو من قبل الغير المتواطئ معه أو متى كان المستفيد منه عالما به

273. بمعنى أن التدليس يعتد به كسبب يؤدي إلى إبطال العقد سواء تم ارتكابه من قبل المتعاقد بنفسه أو من نائبه، أو من قبل الغير متى كان المتعاقد المستفيد من التدليس عالما

بعض القرارات التي صدرت فيما بعد والتي اعتدت بالكتمان.

[317] مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:113.
أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:261.
عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:113.

به أو كان بإمكانه العلم به. وقد أكدت على هذا الشرط العديد من التشريعات، في مقدمتها القانون المغربي الذي نص عليه في الفصل 52 من ق.ل.ع. حيث جاء فيه "التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به".

274. تنبغي الإشارة في نهاية هذه الفقرة، إلى أن **الفقه الإسلامي خصص حيزا مهما للتغرير** الصادر من الغير المتواطئ مع العاقد المستفيد من التغرير، كما هو الشأن بالنسبة لحالة الناجش وحالة الدلال.

ثانيا: مدى قدرة نظرية التدليس على حماية إرادة المستهلك

275. إذا رجعنا للقضاء الفرنسي، فإننا نجده استطاع فعلا أن يحقق قدرا مهما من الحماية للمستهلك، فبعد أن تمسك ولمدة طويلة بعدم اعتبار السكوت وسيلة من الوسائل الاحتيالية، نراه قد غير موقفه ابتداء من سنة 1958، بالرغم من خلو التشريع الفرنسي من النص على الكتمان، قبل أن يعتبرها كذلك بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016[318]، وكان ذلك بمقتضى قرار محكمة النقض الفرنسية[319] بتاريخ 19 ماي 1958، حينما قضت بأن السكوت في صورة الكتمان يمكن أن يكون فعلا تدليسا.

وهذا ما سار عليه القضاء المغربي، مع العلم أن هذا الأخير بخلاف نظيره الفرنسي قبل التعديل الأخير المومأ إليه أعلاه، يجد سنده في الفصل 52 من ق.ل.ع، حيث ذهبت محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 4 يونيو 1970 إلى "أن كل اتفاق يعد لاغيا إذا ثبت أن المؤمن له قد كتم الحقيقة أو أفضى بتصريح غير صحيح، وذلك إذا كان هذا الكتمان أو

---

[318] Article 1137 stipule « le dol est le fait pour un contractant d'botenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des monsenges.
Constitue également un dol la **dissimulation intentionnelle** par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

[319] Cité par Ghestin J. : traité de droit civil , le contrat , L.G.D.J, 1980, N 430 .

Ghestin J. : Conformité de garantie dans la vente, op.cit, p : 87.

التصريح من شأنه أن يغير موضوع المجازفة، أو يخفف منها في نظر المؤمن"[320].

بل إن القضاء الفرنسي سمح للمدلس عليه بإمكانية التمسك بالإبطال حينما يتعلق التدليس بمجرد شرط من شروط التعاقد بدون أن يربطه بانعقاد العقد ذاته[321]، والأكثر من ذلك فقد منح للمدلس عليه إمكانية المطالبة إما بإبطال العقد أو قبول عرض المدلس بتخفيض الثمن عوض الإبطال[322]، وهو غالبا ما يسعى إليه الطرف الضعيف، الذي لن يجديه نفعا انهيار العقد، في ظل الحاجة وازدياد ظاهرة الاحتكار بمختلف صوره.

276. مهما قيل بخصوص الدور الذي يستطيع أن يلعبه القاضي بمقتضى نظرية التدليس، بسبب الصلاحيات التي يخولها إياه، من خلال منح المتعاقد دعوى الإبطال مع دعوى التعويض، بالإضافة لسهولة إثبات الطرق الاحتيالية، فإنه بالرغم من ذلك **تبقى ذات فعالية محدودة**، فالقضاء لا يحكم بالتدليس نتيجة الكتمان إلا استثناء، وحتى مع توسيع دور القاضي في هذا المجال، فإنه لا يصل بذلك إلى الوقوف بجانب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية[323] ، ما دام أن النتيجة التي سيصل إليها هي إبطال العقد[324] ، بينما هو في أمس الحاجة إليه، كل ما كان يرغب فيه هو عدم نفاذ الشرط تجاهه إذا كان تعسفيا، وتخفيف باقي الالتزامات الأخرى من قبل القاضي حتى يتحقق نوع من التوازن.

الفقرة الرابعة: الغبن

277. الغبن لغة هو النقص، واصطلاحا هو ذلك الحيف أو الخسارة التي تلحق المتعاقد في عقد المعاوضة، إذا كانت قيمة ما أخذه لا تتناسب مع ما أعطاه، أو بتعبير بعض الفقه[325] فإن الغبن يقصد به كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر، حيث يكون أكثر من قيمته أو أقل منها بشكل فاحش.

[320] مجلة القضاء والقانون، العدد 118، ص: 444.

[321] cass.com, DALLOZ, 1955, p : 254

[322] cass.com, 14-03-1972, DALLOZ 1972, p: 653.

[323] إدريس الفاخوري : حماية المستهلك من الشروط التعسفية، م.م.ق.ق، العدد 3، يونيو 2001، ص: 77.

[324] Ghestin J. : Conformité et garantie dans la vente, op.cit, p:78.

Malaurie PH. et Aynes L.: cours de droit civil, les obligations, op.cit, p:238.

[325] أنور سلطان:مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:83.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Op.cit ; P:202.

نستشف من التعاريف السالفة الذكر، **أن الغبن لا يمكن تصوره إلا في مجال عقود المعاوضة**[326]، على اعتبار أن عقود التبرع يعطي فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ، ومن ثم لا يمكن الحديث عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى أو عن عدم التناسب، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، فإنه لا يمكن الاعتداد بالغبن، إلا إذا كان فاحشا، أي وصل نسبة مهمة من القيمة السوقية.

278. بالرجوع للقانون المغربي، **نجده لا يعتد بالغبن الذي يلحق الشخص الراشد**. ونرى أن الموقف الذي تبناه المشرع المغربي بخصوص الغبن المجرد هو الموقف الغالب في القوانين ذات الصبغة الليبرالية، وهو أيضا موقف الفقه الإسلامي؛ حيث إنه ليس من الضروري أن يكون تطابق أو تعادل تام بين قيمة ما أخذ أحد الأطراف وقيمة ما أعطاه إلا استثناء[327]، نظرا لاعتناق هذه القوانين لمبدأ الحرية التعاقدية، وإن كان من الممكن أن يترتب على ذلك تسلط الطرف القوي عن الطرف الضعيف، فإن ذلك يشكل إحدى ضروريات الاستقرار التعاقدي حسب هذا المفهوم.

279. غير أن هذا المبدأ، **يخضع للعديد من الاستثناءات** التي تتمثل أساسا في الغبن المرتبط بالتدليس (أولا)، وأيضا حالة الغبن الذي يلحق بالقاصرين وناقصي الأهلية (ثانيا)؛ إضافة لهذه الحالات التشريعية، فإن القضاء خول للمتعاقد إمكانية المطالبة بإبطال العقد إذا لحقه الغبن بمناسبة بيع عقار غير محفظ (ثالثا).

أولا: ارتباط الغبن بالتدليس

280. نص على هذه الحالة الفصل 55 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "الغبن لا يخول الإبطال، إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعد".

---

326 FLOUR Jacques, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX : Droit civil, les obligations, 1. L’acte juridique, op.cit, P :207.

ثانيا: وقوع الغبن على القاصرين وناقصي الأهلية

281. أكد على هذه الحالة الفصل 56 من ق.ل.ع. الذي نص على أن الغبن يخول الإبطال، إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي، وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر. ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء.

ثالثا: اعتداد القضاء المغربي بالغبن في بيوع العقارات غير المحفظة

282. إذا كان موقف المشرع المغربي كما سبق أن أوضحنا **لا يأخذ نهائيا بالغبن المجرد**، فإن القضاء المغربي يعتد به كلما تعلق الأمر بالعقارات غير المحفظة؛ حيث إن قضاء محكمة النقض على الأقل في غرفته الشرعية[328] نجده يؤيد الاتجاه الذي سارت عليه محاكم الموضوع، والذي اعتمدت فيه على الفقه الذي نظمه ابن عاصم في تحفته؛ وفي الوقت نفسه نجده ينقض قراراتها التي اعتمدت فيه محاكم الموضوع على مقتضيات قانون الالتزامات والعقود المغربية في الفصول 55 و56.

من ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 24 يناير 1984، الذي جاء فيه "حقا فإن عقار النزاع ما دام غير محفظ، وأن النزاع عقاري لتعلقه بطلب إبطال بيع لوجود غبن فيه، فإن المطبق فيه هو قواعد الفقه المالكي الذي يقبل الغبن بأربعة شروط: أن يكون المغبون جاهلا بعمله أي من شأنه أن يغبن لجهله بالأثمان وحوالة الأسواق، وأن يكون القيام بالغبن داخل السنة، وأن يكون الثمن الحقيقي للمبيع يوم البيع يزيد على الثمن الواقع به التعاقد بالثلث".

---

[328] قلنا على الأقل على مستوى الغرفة الشرعية، على اعتبار أنه إذا تعلق الأمر بالعقارات المحفظة التي تحال على الغرفة المدنية، فإنها ستتمسك بتطبيق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ولعل هذا التضارب لا يساهم في توحيد العمل القضائي المغربي، الذي يعتبر أحد الوظائف الأساسية للمجلس الأعلى -أو محكمة النقض بحسب تسمية الدستور الجديد-.

عبد المجيد غميجة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية؛ مرجع سابق؛ ص:566.

283. من الاستثناءات التي أوردتها التشريعات المقارنة على هذا المبدأ، ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالبيوع العقارية[329]، بمقتضى المواد من 1674 إلى 1685، والتي خولت للبائع مجموعة من الخيارات في حالة إذا ما لحقه غبن بمناسبة بيعه لعقار ما؛ وبحسب فقه القانون الخاص، فإن هذه المواد تطلبت مجموعة من الشروط لقبول دعوى البائع، والمتمثلة فيما يلي:

- أن يكون موضوع البيع عقارا أو حقا عينيا عقاريا؛

أن يكون حجم الغبن في حدود نسبة 12/7، أي بنسبة سبعة أجزاء من أصل إثني عشر؛

- أن يكون الطرف المضرور هو البائع وليس المشتري؛
- أن يتم رفع دعوى الإبطال داخل السنتين المواليتين لإبرام البيع.

وبمجرد توفر هذه الشروط، فإن المشرع الفرنسي بمقتضى المواد السالفة الذكر، خول الخيارات التالية:

- تمكين البائع من استرداد عقاره مقابل رد الثمن للمشتري؛
- تخويل البائع إمكانية رفع دعوى قضائية من أجل إلغاء هذا التصرف؛
- في مقابل هذه الخيارات الممنوحة للبائع، فإن القانون المدني الفرنسي مكن المشتري في حالة رغبته في الاحتفاظ بالمبيع أن يدفع للبائع مقابل الغبن الذي لحقه، وفي هذه الحالة فإن المشرع لم يلزم المشتري بدفع كل الفرق بين قيمة العقار الحقيقية وقت

[329] Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX : Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique, op.cit, P :209.
Malaurie PH. et Aynes L.: cours de droit civil, les obligations, 1994, p:238.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Op.cit ; P:207.

البيع والثمن الذي حصل به الشراء وإنما اشترط أن تكون هذه القيمة في حدود تسعة أعشار القيمة الحقيقية للعقار المبيع[330].

من التشريعات العربية التي وضعت هي الأخرى بعض الاستثناءات على المبدأ السالف الذكر، نشير إلى ما نصت عليه المادة 425 من التقنين المدني المصري، التي جاء فيها "1. إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل".

"2. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"[331].

284. أما بخصوص **موقف الفقه الإسلامي**، فإن الرأي الراجح لا يعتد بالغبن المجرد؛ أي أن الغبن لا يؤثر في لزوم العقد، ومن ثم لا يحق للمغبون أن يفسخ العقد أيا كانت جسامة الغبن؛ وقد استند هذا الاتجاه في دعم رأيه إلى مجموعة من الأحاديث النبوية، من ذلك قوله عليه الصلاة والسلام "دعوا الناس في غفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض"، وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ "إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام".

في مقابل هذا الرأي، ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بتأثر العقد بالغبن، **وإن كان هو الآخر انقسم إلى اتجاهين، الأول** تطلب أن يقترن الغبن بالتغرير دون اشتراط جسامة الغبن؛ بينما اكتفى **الاتجاه الثاني** بأن يكون الغبن فاحشا حتى يكون مؤثرا على العقد، وهذا ظاهر مذهب مالك[332]؛ بمعنى آخر، أن هذا الرأي الأخير هو الوحيد الذي يعتد بالغبن

---

[330] عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع؛ الطبعة الثانية 2010؛ توزيع مكتبة دار الأمان/ الرباط؛ ص:134.

BOULANGER F. : Le problème de la lésion dans le droit intermédiaire, étude d'histoire économique et sociale du 18 sciècle; Paris/1966; p:53.

[331] أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع، العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة؛ منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت-لبنان، 1998؛ ص:389.

[332] في هذا الصدد يقول ابن جزي رحمة الله عليه: الغبن ثلاثة أنواع: (الأول) غبن لا يقام به وهو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمشاكلة. (الثاني) غبن يقام به قل أو كثر وهو الغبن في بيع الاسترسال واستلام المشتري للبائع. (الثالث) اختلف فيه وهو ما عدا =

المجرد متى كان فاحشا، لكون الغبن في نظرهم ظلم ومن ثم ينبغي رفعه وإزالته؛ وحجة هؤلاء ما روي عن محمد بن سيرين أن رجلا قدم المدينة بجواري فنزل على ابن عمر، فقال: يا أبا عبد الرحمن غبنت بسبعمائة درهم، فأتى ابن عمر إلى عبد الله بن جعفر، فقال: إنه غبن بسبعمائة درهم، فإما أن تعطيها إياه، وإما أن ترد عليه بيعه، فقال ابن جعفر: بل نعطيها إياه، فابن عمر وابن جعفر قد رأيا رد البيع من الغبن في القيمة.

الفقرة الخامسة: الغبن الاستغلالي

285. إذا كان المشرع المغربي لم يعتد بالغبن المجرد، بمعنى أنه لم يهتم بالغبن إلا إذا كان مقرونا بنقصان الأهلية تطبيقا للفصل 56 من ق.ل.ع. أو التدليس بحسب الفصل 55 من ق.ل.ع. أو الاستغلال بحسب التوجه الذي سار عليه جانب مهم من الفقه المغربي وأيضا من خلال قراءة محكمة النقض للفصل 54 من ق.ل.ع.م. (ثانيا)؛ لكن قبل ذلك ينبغي الوقوف على مفهوم هذه النظرية (أولا).

أولا: مفهوم نظرية الغبن الاستغلالي

286. يمكن القول بداية إلى أن النظرية المادية للغبن تطورت إلى نظرية نفسية في التشريعات الحديثة؛ والفرق بينهما أن النظرية الأولى تنظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية، أما في النظرية الثانية فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد. عموما، فإن هذه النظرية **تقوم على عنصرين أساسيين؛ الأول يسمى بالعنصر النفسي** الذي يتمثل في حالة الضعف أو الطيش أو عدم الخبرة أو الهوى الجامح أو المرض؛ **بينما الثاني يسمى بالعنصر المادي،** والمتمثل في عدم التعادل الذي يبقى خاضعا لتقدير القضاة، أو بحسب تعبير الفقيه شاتلان بأنه لكي يعرف القاضي ما إذا كان هناك عدم تعادل واضح حسب عبارة المادة 138 من القانون المدني الألماني، فإنه يتعين عليه مقارنة الشيئين محلا العقد وعلى وجه الخصوص قيمة هذين الشيئين[333].

287. وإذا كانت ميزة النظرية المادية تتمثل في التحديد، أي في ضمان استقرار

ذلك وعلى القول بالقيام به فيقوم المغبون سواء كان بائعا أو مشتريا إذا كان مقدار الثلث فأكثر وقيل لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد فما علم أنه غبن فللمغبون الخيار.

للتعمق في هذه الأراء، يمكن الرجوع لكتاب الدكتور بدر جاسم محمد اليعقوب: الغبن في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة؛ إصدار مجلة الحقوق/ جامعة الكويت؛ ملحق العدد الثاني/ السنة الحادية عشرة؛ الطبعة الأولى 1987؛ ص:47.

[333] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:293.

المعاملات والأمن القانوني، **فإنها مع ذلك تفتقد للمرونة**، مادام أنها لا تصلح لحل مسائل اجتماعية. لهذا الاعتبار، أخذت بها التقنيات الحديثة فنصت المادة 138 من القانون المدني الألماني على بطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء، و أيضا المادة 129 مدني مصري التي جاء فيها "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

ثانيا: موقف القانون المغربي من نظرية الغبن الاستغلالي

288. بالرجوع للفصل 54 من ق.ل.ع. نجده ينص على أن "أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة". لعل الملاحظة الأساسية، هو أن الفقه والقضاء اختلف في قراءته للفصل 54 ق.ل.ع.م.

أ: قراءة الفقه المغربي للفصل 54 ق.ل.ع

289. لم يتفق الفقه المغربي في قراءته للفصل 54 من ق.ل.ع. حيث ذهب جانب مهم منه إلى القول بأن هذا الفصل يؤكد لنا أخذ المشرع المغربي بنظرية الغبن الاستغلالي؛ وفي هذا السياق ذهب الأستاذ مأمون الكزبري[334] إلى القول بأن هذه النظرية الحديثة للغبن يمكن في رأينا تطبيقها في المغرب في الحالات التي تنص التشريعات الحديثة إلى وجوب الأخذ بها، وذلك استنادا إلى ما ورد في الفصل 54 ق.ل.ع.م. وبالإضافة لهذا الفصل يدعم الدكتور أحمد شكري السباعي[335] رأيه للقول بأخذ المشرع المغربي بنظرية الغبن الاستغلالي بالفصول 878، 1034، 1035من ق.ل.ع.م، والفصل 306 من القانون البحري المتعلق بالإغاثة البحرية.

290. في المقابل نجد جانبا آخر من الفقه المغربي[336] ينتقد التوجه السابق، والأساس

334 مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ ص:123.

335 أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:291.

336 الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني؛ نظرية العقد/ مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء؛ 1981؛ ص:54.

=

الذي تم على إثره بناء هذه النظرية، بل إن أحد الفقهاء[337] ذهب إلى اعتبار الفصل 54 ق.ل.ع.م، بكونه خطير وعجيب في آن واحد، لاسيما من حيث السلطة الممنوحة للقاضي بمقتضاه، والتي من شأنها أن تعرض التعامل للاهتزاز.

ب: موقف القضاء المغربي من الفصل 54 من ق.ل.ع.

291. على غرار الفقه، فإن القضاء المغربي هو الآخر لم يتفق على موقف موحد بخصوص قراءته للفصل 54 من ق.ل.ع. حيث إنه بالرجوع للعديد من قرارات محكمة النقض بخصوص هذا الفصل، نجدها تذهب إلى أنه يتضمن نظرية الغبن الاستغلالي[338]، بمعنى أنه من أجل إبطال العقد لا بد من توفر عنصرين أساسيين، هما العنصر المادي والعنصر المعنوي. من ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 13 يونيو 1988؛ والذي جاء فيه "في حين أن تطبيق الفصل 54 المعتمد عليه والذي يعالج حالة الغبن الاستغلالي باعتباره سببا من أسباب الإبطال كعيب من عيوب الرضى يتطلب توفر عنصرين: عنصر مادي، وهو عدم تعادل التزامات الطرفين، مثل الثمن والمثمن، وعنصر نفسي وهو في هذه النازلة حالة المرض التي نتج عنها عدم التعادل، وأن المحكمة، وإن أبرزت حالة المرض، فإنها لم تبرز حالة العنصر المادي أي غبن البائع، كنتيجة لاستغلال حالته المرضية. وعليه، فإن المحكمة عندما أصدرت قرارها على النحو المذكور لم تعلله تعليلا كافيا، ولم تجعل لما قضت به أساسا صحيحا من القانون"[339].

292. في مقابل ذلك، ذهب قضاء الموضوع إلى أن هذا الفصل لا يتضمن نظرية الغبن الاستغلالي، وإنما ينبغي تطبيق أحكام الفصل 54 من ق.ل.ع. بمجرد توفر العنصر

الدكتور علم الدين إسماعيل: أصول القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزامات، 1977، ص: 247.

[337] الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني؛ نظرية العقد؛ مرجع سابق؛ ص:54.

[338] في الوقت الذي ذهب فيه قضاء الموضوع على أن هذا الفصل لا يتضمن نظرية الغبن الاستغلالي، وإنما ينبغي تطبيق أحكام الفصل 54 من ق.ل.ع. بمجرد توفر العنصر المعنوي، أي حالة المرض أو الحالات المشابهة؛ من هذه القرارات، ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 05 دجنبر 1983 "وحيث إن الفصل 54 ق.ل.ع. يمنح للمحكمة حق إبطال العقود المبرمة في حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة، وأن المشرع لم يقيد ذلك الحق، بل ترك للمحكمة سلطة تقدير ما إذا كانت حالة المرض التي يوجد عليها المتعاقد في فترة إبرام العقد هي التي جعلته يقوم بإبرام العقد أم لا....".

مجلة القضاء والقانون؛ العدد: 139 / 1988.

[339] مجلة القضاء والقانون، العدد 139؛ ص:103 و 104.

من ذلك أيضا قرارها الصادر بتاريخ 04 أبريل 1980 الذي جاء فيه "لا يشترط لإبطال العقد للسبب المنصوص عليه في الفصل 54 أن يكون الشخص فاقد الوعي، بل يكفي أن تكون إرادته معيبة بسبب المرض الذي نزل به، وأن المتعاقد معه استغل وضعيته هذه فحصل منه لإبرام عقد ما كان ليقبله لو كان سليما معافى، وأن المحكمة لما لها من سلطة التقدير الممنوحة لها بمقتضى الفصل 54 ق.ل.ع.م، اعتبرت أن الهالك لم يكن حرا في تصرفه وأن المشتري استغل المرض الخطير الذي نزل به فأحضر الموثق للمصحة التي كان يعالج فيها وأشهد بالبيع".

مجلة الإشعاع: العدد 11، ص: 139 و 140.

المعنوي، أي يكفي إثبات حالة المرض أو الحالات المشابهة؛ بمعنى أنها حالة خاصة. من هذه القرارات، ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 05 دجنبر 1983 "وحيث إن الفصل 54 من ق.ل.ع. يمنح للمحكمة حق إبطال العقود المبرمة في حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة، وأن المشرع لم يقيد ذلك الحق، بل ترك للمحكمة سلطة تقدير ما إذا كانت حالة المرض التي يوجد عليها المتعاقد في فترة إبرام العقد هي التي جعلته يقوم بإبرام العقد أم لا...."[340].

293. بغض النظر عن مدى القصور الذي يعتري هذه المقتضيات المتعلقة بعيوب الرضا، فإن التحولات المهمة التي عرفتها العلاقات التعاقدية في العقود الأخيرة، فرضت على مختلف التشريعات أن تقرر مجموعة من الأحكام الخاصة في مرحلة تكوين العقد من أجل حماية المستهلك في مواجهة المهني كما سنرى في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: المقتضيات التشريعية الهادفة إلى حماية رضا المستهلك

294. تبين لنا من خلال العديد من الأبحاث التي قمنا بها، أن تدخل المشرع أصبح أمرا لازما، في ظل التباين الخطير الذي أصبحت تعرفه العلاقات التعاقدية، وذلك من أجل مساعدة الطرف الضعيف الذي يطلق عليه في مختلف التشريعات الاقتصادية الحديثة بالمستهلك تمييزا له عن المهني؛ وغالبا ما يتم ذلك عن طريق فرض مجموعة من الالتزامات على عاتق الطرف الأخير، أي المهني أو ما يسمى أيضا بالمحترف، لاسيما في مرحلة إبرام العقد.

295. يمكننا تقسيم هذه الالتزامات إلى نوعين، النوع الأول يهدف إلى الحد من حرية المهني في إبرام العقد من عدمه متمسكا بالمفاهيم الكلاسيكية التي كانت تخوله هذه السلطة بدون قيود (البند الأول)؛ أما النوع الثاني من هذه الالتزامات فهو الذي يهدف في نظرنا إلى حماية رضا المستهلك بالمفهوم الضيق (البند الثاني).

[340] مجلة القضاء والقانون؛ العدد: 139 / 1988.

البند الأول: منع رفض التعاقد من طرف المهني في العقد الاستهلاكي

296. يجمع الفقه على أن الفلسفة الليبرالية التي قام عليها كل من القانون المغربي والفرنسي **تقتضي أن يكون الشخص حرا في إبرام أي عقد من عدمه**[341]. إلا أن طبيعة بعض العقود اقتضت عكس ذلك[342]، أي منع الشخص من رفض التعاقد بحجة الحرية أو الرضائية المطلقة. والحق يقال، إن منع رفض التعاقد **يشكل أحد المظاهر الأساسية لتأثر مبدأ الرضائية بقانون المنافسة التي تبنته معظم التشريعات الحديثة**[343].

ذلك أنه كيفما كانت فلسفة الدول، فإن تكريس الحرية المطلقة لمهني العقد في اختيار زبنائه لا يساهم في تأمين الحصول على السلع والخدمات الضرورية للمستهلك، بل قد يتعارض مع فلسفة الدولة نفسها في النهوض باقتصادها.

297. لذلك وجدنا مختلف التشريعات تتجه إلى منع المهنيين بشكل خاص من رفض التعاقد الذي يطلبه المستهلك دون أن يكون هناك سبب ومبرر معقول يسمح بذلك؛ وهذا هو المسلك الذي سار عليه المشرع المغربي، بداية بمقتضى القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة[344] الذي أكد على هذه القاعدة بمقتضى المادة 49 منه قبل أن يتم نسخها بمقتضى **القانون رقم** 08.31 **القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك**، الذي أكد هو الآخر على هذه القاعدة **بواسطة المادة** 57 **منه**، التي جاء فيها "يمنع ما يلي:

- الامتناع عن بيع منتوج أو سلعة أو تقديم خدمة إلى المستهلك دون سبب مقبول؛

- تعليق بيع منتوج أو سلعة على شراء كمية مفروضة أو على شراء منتوج أو سلعة أخرى أو تقديم خدمة أخرى في آن واحد؛

---

341 BENABENT Alain : Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 3ème édition, Montchrestien, 1997, P:45.
PEDAMON Michel : La liberté des prix et l'intérêt des consommateurs; Thèmes et consommateurs sous la direction de Yves Serra et Jean Calais Auloy, Dalloz, 1994, P:7.

342 Marie- CahantelBoutardLabarde Guy Canivet : Droit français de la concurrence; L.G.D.J. Paris, 1994, P:151.

343 BOUTARD LABARD Marie-Chantel : Droit français de la concurrence ; L.G.D.J. 1994. P:151.

344 ظهير شريف رقم 1.00.225 صادر في 2 ربيع الأول 1421 –5 يونيو 2002– بتنفيذ القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

– تعليق تقديم خدمة على تقديم خدمة أخرى أو على شراء منتوج أو سلعة".

298. بمعنى أن القاعدة، هو أنه لا يمكن للمهني أن يمتنع، ما لم يكن هناك سبب أو خطأ من طرف الزبون[345]، عن إبرام العقد مع الزبون المستهلك[346]. وبالنظر لأهمية هذا المبدأ، فإن المشرع المغربي لم يكتفي بالتطرق له بمقتضى نصوص عامة، بل حرص على التنصيص عليه بمقتضى بعض النصوص الخاصة، كما هو الشأن بالنسبة للخدمات المقدمة من قبل المؤسسات الفندقية؛ حيث أكدت على هذه القاعدة المادة 16 من القانون المغربي رقم 61.00 المعتبر بمثابة النظام الأساسي للمؤسسات السياحية[347]، التي جاء فيها "تفتح كل مؤسسة سياحية أبوابها للعموم ولا يخضع ولوجها لأي قيد غير القيود المقررة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

البند الثاني: الالتزام العام بإعلام المستهلك والضمانات المكملة له

299. توصلنا في العديد من الأبحاث المتعلقة بنظرية العقد بوجه عام، على أن الوضعية الحالية أصبحت تتميز بمعاملات يطغى عليها نوع من عدم التوازن بين المتعاقدين؛ كما يتفق الجميع، على الأقل من الناحية المبدئية، على أن المقتضيات الواردة في قانون الالتزامات والعقود متأثرة بشكل كبير بالأفكار الليبرالية التي كانت سائدة إبان وضع مدونة نابليون والتي بقيت إلى غاية منتصف القرن العشرين؛ هذه الأفكار التي يهيمن عليها المبدأ الأساسي الذي يقضي بأنه يتعين على المستهلك التأكد مما يشتري والاحتياط بحماية نفسه بنفسه.

300. غير أن هذا المفهوم ونتيجة للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الكبرى التي عرفتها التعاملات التعاقدية **كان من الضروري أن يتعرض لتغييرات جوهرية، تتمثل في ضرورة حماية رضا المستهلك بجعله أكثر وضوحا**؛ وهذا الأمر يتطلب بالضرورة

---

[345] محمد عبد الظاهر حسين: عقد الفندقة، طبيعته القانونية –آثاره– مسؤولية الفندقي، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1997، ص:78.

[346] PY Pierre : Droit du tourisme, Op.cit, P:350.

[347] يتعلق الأمر بالظهير الشريف رقم 1.00.225 الصادر في 2 ربيع الأول 1421 الموافق 5 يونيو 2000، بتنفيذ القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. الجريدة الرسمية عدد 4810، بتاريخ 3 ربيع الآخر 1412 (الموافق ل 6 يوليوز 2000)، ص:1914.

جعل عبء الوعي والتبصير على عاتق المهنيين والمحترفين في ظل عجز المستهلك عن الإلمام بجميع تفاصيل العقد في الوقت المعاصر.

301. بالرغم من إقرارنا بأن القانون الجديد رقم 31.08 لم يستجيب لجميع ما نادينا به في العديد من الأبحاث[348]، فإنه مع ذلك تضمن العديد من المقتضيات القانونية المهمة التي تهدف إلى تنوير رضا المستهلك، تتمثل في الالتزام بالإعلام (الفقرة الأولى)، إضافة لبعض الضمانات القانونية المكملة لهذا الالتزام والمتمثلة أساسا في منع الإشهار الكاذب ومنح مهلة التفكير ومهلة الرجوع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الالتزام العام بإعلام المستهلك

302. إن الالتزام بالإعلام يجد أساسه ومبرره في ضرورة حماية سلامة رضا المستهلك الذي يلزم أن يقدم على إبرام العقد وإرادته حرة متنورة بتفاصيله وخصائصه لا يشوبها أدنى غموض. بمعنى أن الهدف المباشر من هذا التنظيم التشريعي هو العمل على تأمين حماية رضا المستهلك[349]. من جهة أخرى، تنبغي الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي استطاع أن يصل بفكرة الالتزام بالتبصير إلى تحقيق حماية فعالة لفئة عريضة[350]، حتى قبل صدور قانون 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك[351]، معتمدا في ذلك على تفسيره لبعض النصوص العامة الواردة في القانون المدني كالمادتين 1134و1135[352]، **وهو الأمر الذي ما لم يستطيع القضاء المغربي القيام به بالرغم من وجود مثل هذه**

[348] عبد الرحمان الشرقاوي: دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي؛ مرجع سابق.
عبد الرحمان الشرقاوي: العقد السياحي؛ دكتوراه في القانون الخاص؛ جامعة محمة الخامس/ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال/ الرباط، 2009.
ECHARKAOUI Abderrahman : L'accès du consommateur au droit et à la justice ; Thèse de doctorat en droit privé/ Université HASSAN II/ Casablanca Ain Chock/2008 ; P:16.
[349] DE JUGLART M. : L'obligation de renseignements dans les contrats. Rev. Trim. Dr. Civil, 1945, P:1.
ALISSE : L'obligation de renseignement dans les contrats. Thèse, Paris, 1975.
[350] FABRE-MAGNAN M.: De l'obligation d'information dans les contrats, L.G.D.J. 1992, P:123.
[351] DE JUGLART M.: L'obligation de renseignement dans les contrats, R. T. D. Com. 1945, P:1.
Y. BOYER : L'obligation de renseignement dans la formation des contrats, Thèse, Aix, 1977.
[352] BENABENT Alain : Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 3éme édition, Montchrestien, 1997, P:118.

النصوص في قانون الالتزامات والعقود، كالفصل 231، **وبالرغم أيضا من إقرار الفقه الإسلامي لمثل هذا الالتزام.**

ونرى أنه إذا كان القضاء الفرنسي قد استطاع أن يضع التزاما على عاتق المهني، بتبصير الطرف الضعيف وإحاطته بجميع البيانات الواردة في العقد[353]، **فإنه لم يبق أي مبرر للقضاء المغربي في تجاهله لهذا الالتزام، بهدف حماية الطرف الضعيف**؛ وبالتالي مسايرة التوجه الجديد للمشرع المغربي الذي أصبح في جزء من فلسفته يسعى لحماية المستهلك، بعدما تأكدت أنها ضرورة وليس اختيارا في ظل اضطراب التوازن بين المحترفين والمستهلكين، وما نتج عن ذلك من انتشار فاحش للشروط التعسفية، **دفعت** بالمشرع المغربي على غرار العديد من التشريعات الحديثة إلى إيجاد حلول لهذه الظاهرة، وذلك بهدف الوقوف بجانب الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك عموما.

303. في ظل وعي المشرع في جل الدول بأهمية الالتزام بالإعلام، **فإن أغلبها قد عمل على تقنينه ضمن ما أصبح يطلق عليه بقانون الاستهلاك في ظل عجز القانون المدني الكلاسيكي عن حماية الطرف الضعيف**[354]؛ وقبل صدور القانون المغربي الجديد رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ونظرا للارتباط الوثيق بين قانون حرية الأسعار والمنافسة وضرورة حماية المستهلك، فإن المشرع المغربي عمل على سد هذه الثغرة من خلال الفصل الأول من الباب السادس من القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، والذي عنونه كما يلي: حماية المستهلك وإعلامهم. والذي تمت إعادة تنظيمه بمقتضى القانون رقم 104.12 السالف الذكر.

غير أنه **وفي ظل عدم كفاية هذه المقتضيات** وسيرا على نهج التشريعات الحديثة التي اعتمدت قوانين خاصة بحماية المستهلك، **فإن المشرع المغربي وضع هو الآخر قانونا للاستهلاك أو بالأحرى قانونا لحماية المستهلك،** ونقصد بذلك القانون رقم 31.08 الذي

[353] GHESTIN J. : Le contrat : Formation, L.G.D.J. Quatrième édition, 2000, n°456.
BENABENT Alain : Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Op.cit, P:373.

[354] أحمد السعيد الزقرد: نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد. مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، شتنبر 2001، ص:261.

يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، والذي ضمنه قسما كاملا خاصا بإعلام المستهلك – المواد من 3 إلى 14 من القسم الثاني من هذا القانون.

بالرجوع للمادة الثالثة من هذا القانون، نجدها نصت على ما يلي: "يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة وكذا مصدر المنتوج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته.

ولهذه الغاية، يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة أو الإعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتوجات والسلع وبتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال ومدة الضمان وشروطه والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية.

تحدد إجراءات الإعلام بنص تنظيمي".

304. **وقد بدأ القضاء المغربي فعلا في تطبيق المقتضيات الخاصة بالالتزام بالإعلام بمجرد صدور القانون رقم 31.08؛ ويمكن أن نشير هنا إلى القرار الصادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 25 أكتوبر 2011، حيث ألزمت هذه الأخيرة الطبيب بإعلام المريض وتبصيره بكافة الأخطار والعواقب التي قد تنتج عن العملية الجراحية ومدى احتمال نجاحها من عدمه ونسبة ذلك**[355].

305. إذا كان الهدف من هذا الالتزام هو إعلام عموم المستهلكين وتبصيرهم، فإن

[355] جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة النقض هذا "لكن، حيث إن المحكمة لها سلطة تقدير الحجج والوقائع لاستخلاص مبررات قضائها على أن يكون الاستخلاص مبررا قانونا وقضاء، كما أن كل طبيب ملزم ببذل العناية والجهد وعدم الإهمال والتقصير واتخاذ كل التدابير اللازمة، وأن مسؤولية الطبيب الجراح تبدأ حتى قبل إجراء العملية إذ عليه إخبار المريض بكل الأخطار والعواقب التي قد تنتج عن العملية واحتمال نجاحها من عدمه ونسبة ذلك، خصوصا إذا تعلق الأمر بعمليات تقويم الخلقة أو التجميل كما عليه القيام بالدراسات اللازمة لمعرفة نسبة نجاحها وفق ما سيقدم عليه من إضافة طعم،...".
مجلة قضاء محكمة النقض؛ العدد 75-2012؛ ص:63.

أهم مشكل يعترض تطبيق مثل هذا الالتزام **هو واقع المجتمع المغربي الذي يعرف انتشار الأمية بشكل واسع**. ومن ثم نكون محقين حينما نتساءل عن مدى جدوى هذه الإعلانات المكتوبة إذا كان الشخص المستهدف لا يعرف حتى القراءة[356]، ويزداد الوضع سوء إذا ما علمنا أن **أغلب المنتجين والموردين يفضلون استعمال اللغة الفرنسية**، وهو ما يشكل عائقا مزدوجا[357].

الأمر الذي يثبت لنا أن استعمال اللغة العربية أصبح مطلبا ملحا وعاجلا إذا كنا حقيقة نرجو تبصيرا فعليا للمستهلك. وهو الأمر الذي أكد عليه القانون الجديد رقم 31.08 بمقتضى المادة الأخيرة منه –**المادة** 206– التي جاء فيها **"إن كل عقد حرر بلغة أجنبية يصطحب وجوبا بترجمة إلى العربية"**. وهو الأمر الذي لا زال يتجاهله كثير من المهنيين إلى يومنا هذا، حيث يكتفون بتحرير العقد باللغة الفرنسية مخالفين بذلك أحكام هذا القانون بالرغم من دخوله حيز التنفيذ.

في نفس المنحى الهادف إلى حماية المستهلك، فإن القانون الجديد رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق[358] نص في المادة 42 منه على وجوب تحرير العقود والمحررات باللغة العربية إلا إذا اختار الأطراف تحريرها بلغة أخرى، كما أن الفقرة الثانية من هذه المادة نصت على ضرورة تحرير أصول العقود والنسخ بكيفية مقروءة وغير قابلة للمحو على ورق يتميز بخاصية الضمان الكامل للحفظ.

306. ونرى أن من أهم حسنات القانون رقم 31.08 السالف الذكر ما تضمنته المادة التاسعة منه، التي جعلت **التفسير في حالة الشك** حول مدلول أحد الشروط المقترحة على المستهلك كتابة يكون لمصلحة هذا الأخير بغض النظر عما إذا كان دائنا أو

---

[356] بخصوص أثر الأمية على الالتزام في القانون المغربي يمكن الرجوع لمؤلف:
حسن البكري: الأمية وأثرها على الالتزام في التشريع المدني المغربي: نظرية وتطبيق، مكتبة الرشاد/ سطات، الطبعة الأولى، 2000.

[357] BOUDAHRAIN Abdellah: Le droit de la consommation au Maroc, édition 1999, P:108 etS.
BOUDAHRAIN Abdellah: Pour une éthique de la protection du consommateur de médicaments, R.D.E., N°10, P:111.

[358] ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق. الجريد الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص:5611.

مدينا مخالفة بذلك المقتضيات التي كان ينص عليها الفصل 473 من ق.ل.ع.[359] حيث جاء في هذه المادة، أي المادة التاسعة: "فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة. وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط، يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك".

بل إنه من أجل ضمان احترام هذا الالتزام من قبل المهنيين مع ما يترتب عن ذلك من حماية فعالة للمستهلك، فإن المشرع رتب عن الإخلال به جزاء جنائيا يتمثل في غرامة مالية تتراوح بين ألفي إلى خمسة آلاف درهم، تطبيقا للمادة 173 من القانون 31.08 التي جاء فيها "يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 5.000 درهم على مخالفات أحكام القسم الثاني من هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه".

الفقرة الثانية: الضمانات المكملة للالتزام بإعلام المستهلك

307. إذا كان الهدف الأساسي من الالتزام بالإعلام هو تنوير المستهلك بوجه عام، فإن ذلك لن يتحقق من خلال الإشهار الكاذب الذي يهدف إلى تضليل المستهلك لا تنويره (**أولا**)، وحتى في حالة ما إذا كان الإعلام السابق[360] صادقا فإن المستهلك في الكثير من الحالات لا يستطيع التفكير في العرض المقدم إليه، لذلك قام المشرع المغربي بمقتضى القانون الجديد رقم 31.08، على غرار العديد من القوانين الحديثة، بفرض ما أصبح يعرف بخيار التروي والتفكير وأيضا خيار الرجوع في بعض أنواع العقود (**ثانيا**).

أولا: منع الإشهار الكاذب والمضلل للمستهلك

308. من أجل حماية رضا المستهلك فإنه لا ينبغي أن يتضمن الإعلان المقدم من قبل المهني بيانات كاذبة أو مضللة للمستهلك[361]، أو ما يسمى بالإشهار الكاذب[362]

[359] جاء في الفصل 473 من ق.ل.ع.م. ما يلي "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم".

[360] لا ينبغي الخلط بين الإعلان والإشهار الذي يكون بهدف الترويج لسلعة أو خدمة ما مع الإيجاب. فما لم يتوفر للأول خصائص الثاني، فإنه لا يمكن الحديث عن إيجاب. وهكذا فإننا لا نكون بصدد إيجاب ما لم تكن الرسائل الإعلانية تشتمل على طبيعة العقد المراد إبرامه وأيضا على عناصره الأساسية، فتدل بذلك على إرادة الموجب "المعلن" الارتباط بالعقد، إذا صادف قبولا.

أحمد سعيد الزقرد: نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مرجع سابق، ص:218.

[361] EL MOUDDEN Chifae : La publicité entre promotion et protection du marché ; Revue marocaine

=

الذي حرمه القانون في أغلب التشريعات الحديثة[363].

هذا هو الموقف الذي اتبعه المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك الذي نص على مقتضيات مشابهة لتلك التي نصت عليها معظم التشريعات الحديثة؛ مما يؤكد حرص المشرع المغربي على محاربة الإشهار الكاذب، لما يمكن أن يترتب عنه من أضرار تلحق بالطرف المستهلك؛ وهذا ما يتبين من خلال المادة 21 منه التي جاء فيها ما يلي "دون المساس بمقتضيات المادتين 2و67 من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، **يمنع كل إشهار يتضمن، بأي شكل من الأشكال، إدعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا.**

كما يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه، إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية: حقيقة وجود السلع أو المنتوجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيبتها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وسعرها أو تعريفها وشروط بيعها وكذا شروط أو نتائج استخدامها وأسباب أو أساليب البيع أو تقديم الخدمات ونطاق التزامات المعلن وهوية الصناع والباعة والمنعشين ومقدمي

---

de droit économique ; N°1 2007 ; P :52.

[362] يعرف الإشهار الكاذب بكونه "الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك ويؤدي الإشهار الكاذب إلى تضليل المستهلك وإيقاعه في غلط قد يدفعه إلى التعاقد، ولذلك يطلق على الإشهار الكاذب أيضا الإشهار المضلل لأنه يهدف إلى تضليل وخداع المستهلك، لكن هناك من يميز بينهما انطلاقا من كون الإعلان المضلل لا يذكر بيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي إلى خداع المتلقي. وعلى هذا النحو يقع الإعلان الصادق والإعلان الكاذب".

دنيا مباركة: الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع والخدمات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع:3، يونيو 2001، ص:57.

عبد الفضيل محمد أحمد: الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، طبعة 1991، ص:175.

أحمد السعيد الزقرد: نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مرجع سابق،ص:213.

[363] CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Frank : Droit de la consommation, 5ème édition, 2000, Dalloz, P : 126.

V. aussi Frank : Publicité trompeuse : Quel consommateur choisir? Le dilemme de l'appréciation du caractère trompeur ; R.E.D. consom. 2000, P:93.

AKRAWATI ADJITA Shamsidine: Contribution à la protection juridique du consommateur dans les Pays en voie de développement (exemple particulier des pays d'Afrique), Op.cit, P:485.

السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، مرجع سابق، ص:77.

الخدمات أو صفتهم أو مؤهلاتهم".

309. لا يعني ذلك أن القانون المغربي لم يكن يتضمن مقتضيات تتعلق بالإشهار الكاذب، بل إن الفصل العاشر من الظهير الصادر في الخامس من أكتوبر من سنة 1984، المعتبر بمثابة القانون المنظم للزجر عن الغش في البضائع[364]، كان يمنع كل إعلان مهما كان شكله يشتمل على ادعاء أو بيان أو عرض كاذب، قبل أن يتم نسخ هذا الفصل بمقتضى المادة 196 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

310. ما دام أن الفقه الإسلامي يشكل مصدرا قانونيا في بلدنا، فإنه ينبغي التأكيد على أن الشريعة الإسلامية منعت هذا النوع من الممارسات[365]، **باعتبار أن الإشهار الكاذب من وسائل فقدان الثقة التي حرصت شريعتنا السمحة على منعها**. فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بمراحل يبيع طعاما، فسأله كيف تبيع؛ فأخبره، فأوحى إليه: أن أدخل يدك فيه فأدخل يده، فإذا هو مبلول، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم، **من غشنا فليس منا**. وقريب من هذا، ما كان معروفا لدى العرب في تداول الأنعام، حيث كان يشد الواحد ضرع البقرة، أو الشاة أو الناقة عدة أيام قبل الذهاب بها إلى السوق، لتظهر في أعين طالبها منتفخة الضرع، غزيرة اللبن، فيقبل في شرائها بثمن مرتفع، وعندما يحلبها يجدها عادية. الأمر الذي نهى عنه النبي عليه الصلاة والسلام **فسماه بالتصرية**، حيث قال:لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد، فإنه بخير النظيرين بعد أن

[364] نص الفصل العاشر من القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع على ما يلي: "يمنع كل إعلان مهما كان شكله يشتمل على ادعاء أو بيان أو عرض كاذب، أو من شأنه أن يوقع المستهلك في الغلط بشأن أحد العناصر الآتية: وجود السلع أو الخدمات وطبيعتها وتركيبها وجودتها ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشئها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وأثمان وشروط بيعها وشروط أو نتائج استعمالها وأسباب وأساليب البيع والتسليم أو تقديم الخدمة ومدى الالتزامات وهوية أو صفة أو أهلية الصناع والباعة والمشهرين والمعلنين ومنجزي الخدمات".

جواد الغماري: مصادر وخصائص قانون الاستهلاك، مجلة القانون والاقتصاد/ جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ع:10، مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء، 1995، ص:95.

محمد شعيبي: الحماية القضائية للمستهلك في مادة زجر الغش في البضائع – محاكم الدار البيضاء نموذجا –، مجلة القانون والاقتصاد، ع:10، 1990، ص:69.

بوعبيد عباسي: الاجتهاد القضائي في مادة الغش التجاري؛ م.م.ق.م. ع:31، ص:143.

[365] نظرا لخصوصية الإشهار الكاذب أو ما يعرف أيضا **بالدعاية الخادعة**، **فإن الشريعة الإسلامية حرمت هذا النوع من الإشهار تحت طائلة العقوبات الجنائية**. جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة؛ مرجع سابق، ص:210.

يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعا من تمر[366].

311. وقد أحسنت التشريعات الحديثة بتعزيز الوسائل السالفة الذكر بضمانات إضافية[367]، حيث خولت هذه القوانين للمستهلك بوجه عام ما أصبح يعرف بخيار التروي ومهلة الرجوع في العقد.

ثانيا: تمكين المستهلك من مهلة للتفكير ومهلة للندم

312. بالرغم من فرض المشرع المغربي للالتزام بالإعلام كالتزام ملقى على عاتق المهني في مواجهة المستهلك من أجل تنوير رضا هذا الأخير بمقتضى القانون رقم 31.08، فإن هذا الالتزام لا يعتبر كافيا في ظل التباين الخطير بين المهني والمستهلك الذي يعتبر طرفا قليل الخبرة؛ لهذه الاعتبارات وجدنا العديد من القوانين الحديثة خولت للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف مهلة للتفكير في بنود العقد[368] (أ)، وأيضا مهلة للرجوع أو الندم (ب).

أ: تخويل المستهلك مهلة للتفكير

313. يتمثل الهدف الأساسي من هذا الالتزام في تقرير المزيد من الضمانات للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف؛ وهذه الحماية تبرز من خلال جعل مدة المهلة فترة تأمل وتفكير قبل إبرام العقد، فلا يتم انعقاده إلا بعد انقضاء هذه المدة والتي غالبا ما تحدد في سبعة أيام كما هو الشأن بالنسبة للمادة التاسعة من قانون 12 يونيو 1971 في فرنسا[369] التي ألزمت مقدم خدمة التعليم بالمراسلة بالإبقاء على شروط عرضه لمدة سبعة أيام من تاريخ تسليمه لطالب الخدمة، وأيضا ما نص عليه القانون رقم 10 لسنة

---

[366] أبو العلا علي أبو العلا النمر: حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي؛ مرجع سابق؛ ص: 8.
محمد الحبيب التجكاني: مفهوم المستهلك ووسائل حمايته في الإسلام؛ مرجع سابق، ص:17.

[367] CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Frank : Droit de la consommation, 5ème édition, 2000, Dalloz, P : 126.
MARINO-MICHEZ Laurence : Droit des contrats spéciaux ; Librairie Vuibert/ Paris, Octobre 1999 ; P:27.

[368] MALAURIE (Ph.) et AYNES (Laurent) : Suretés, 4ème édition, 1992, N°752.
مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، مرجع سابق، ص:14.

[369] إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص:15.

1978 الفرنسي[370] الذي ألزم هو الآخر مقدم الائتمان المتعلق بالمنقولات والخدمات بالإبقاء على العرض المقدم منه لمستهلك المنقول أو الخدمة مدة خمسة عشر يوما[371].

314. على غرار هذه النصوص القانونية وغيرها التي أسس من خلالها المشرع الفرنسي لمهلة التفكير كآلية مهمة لحماية المستهلك، فإن المشرع المغربي تطرق هو الآخر لهذه الضمانة بمقتضى القانون رقم 31.08 السالف الذكر فيما يتعلق بعقد القرض مميزا بين القروض الاستهلاكية والقرض العقاري. فبخصوص النوع الأول من القروض، أي القروض الاستهلاكية، فإن المادة 77 من القانون رقم 31.08 نصت على ما يلي "يجب أن يسبق كل عملية قرض منصوص عليها في المادة 74 عرض مسبق للقرض يحرر بكيفية تمكن المقترض من تقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكن أن يتعهد به وشروط تنفيذ العقد المذكور.

يجب أن تنجز عمليات القرض الواردة في المادة 74 وفق بنود العرض المسبق الذي تسلم نسختان منه مجانا إلى المقترض وعند الاقتضاء نسخة إلى الكفيل.

يلزم المقرض عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقترض".

أما بخصوص النوع الثاني من القروض، أي القروض العقارية، نصت المادة 120 من القانون رقم 31.08 على ما يلي "يلزم المقرض بالإبقاء على الشروط التي حددها في العرض الذي وجهه للمقترض طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم المقترض للعرض.

يتوقف العرض على قبول المقترض والكفيل من الأشخاص الطبيعيين المصرح بهم.

[370] مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، مرجع سابق، ص:215.
بخصوص بعض النماذج الأخرى من العقود التي يفرض فيها المشرع المغربي خيار التروي يمكن الرجوع إلى:
CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Frank : Droit de la consommation, 5éme édition 2000, Dalloz, P : 111.
[371] BENABENT Alain : Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux ; Op.cit, P:73 et s.
MALAURIE (Ph.) et AYNES (Laurent) : Droit civil, les contrats spéciaux, Op.cit, P:615.

ولا يجوز للمقترض والكفيل قبول العرض إلا بعد تسلمه بعشرة أيام.

ويجب أن يبلغ قبول العرض بأية وسيلة تثبت التوصل".

315. كما سبق أن أكدنا على ذلك في مناسبة سابقة[372]، فإننا نرى أنه كان حريا بالمشرع المغربي أن يفرض هذا الالتزام لمصلحة المستهلك بوجه عام في أي عقد يكون طرفه الثاني محترفا ووصلت قيمته حدا مهما، لأنه يلزم المهني باعتباره الطرف القوي في البقاء على إيجابه المتمثل في الشروط الواردة بالعقد التمهيدي لمدة محددة يترك للمستهلك مهلة كافية لقراءة هذه الشروط ومحاولة فهمها لمعرفة ما يترتب عن القبول بها من حقوق والتزامات.

ب: تمكين المستهلك من مهلة للرجوع

316. بهدف تعزيز حماية رضا المستهلك، فإن مختلف التشريعات الحديثة منحته أيضا مهلة إضافية للرجوع عن العقد[373] **أو ما يسمى بمهلة الندم أوالرجوع، أو بحسب تسمية المشرع المغربي مهلة التراجع** le droit à la rétractation، ومن هذه القوانين نجد المشرع الفرنسي الذي فرض مهلة الرجوع أو الندم في بعض العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا كما هو الشأن بالنسبة للبيع المنزلي، حيث أعطت المادة 121/ L21 للمستهلك المشتري سبعة أيام كمهلة للرجوع[374].

---

372 عبد الرحمان الشرقاوي: قانون العقود المسماة؛ الكتاب الأول العقود الناقلة للملكية، عقد البيع؛ مرجع سابق؛ ص:95.

373 نضال إسماعيل برهم: أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص:140.

الحبيب كامل البناني: النظرية العامة للالتزامات والتطور المعلوماتي، (الثابت والمتحول)؛ مجلة القضاء والتشريع، ع:8، 2005، ص:309.

يرى هذا الباحث أن هذه الإمكانية تستعصي على التكييف ضمن المفاهيم المتعارفة في قواعد الالتزامات وأحكام العقد، وحتى إن تجاوزنا النقاشات التي أثارتها ومالها من تأثير على مبدأ سلطان الإرادة فإن السعي إلى تأصيل هذا الحق وفق مفردات ومفاهيم النظرية العامة للالتزامات هو سعي محكوم بالفشل، لأن هذا الحق لم يكن نتيجة صيغ قانونية متعارفة ولم يأخذ المشرع إذ سنه قواعد الالتزام في الاعتبار، بل هي الضرورة التشريعية وغايته التي حتمت حماية المستهلك دونما مراعاة لمقتضيات القوانين السابقة ولا التفات لمطابقتها لنظرية الالتزام من عدمها وكان حق العدول عن التعاقد خارجا عن مألوف التعاقد الكلاسيكي، بل حتى مخالفا لها بما يقتضي قبوله كيفما هو دون حاجة لتكييفه إذ علينا أن نسلم بأن تطور المعاملات وتشعبها وظهور مصالح جديدة لا بد من حمايتها حتمت ابتكار قواعد جديدة تحكم الروابط التعاقدية التي تطورت بفعل التطورات العلمية والتقدم المعلوماتي.

الحبيب كامل البناني: المرجع السابق، ص:310.

374 LARROUMET Christian :Droit civil, les obligations, le contrat, Tome III, 5ème édition/économica, Paris, 2003, P:349.

317. بالنظر لأهمية هذا الالتزام، فإن المشرع المغربي قد أخذ بخيار الرجوع بمقتضى القانون رقم 31.08، **وإن كان يظهر لنا على أنه قصر هذا الالتزام على بعض أنواع العقود**، حيث تناوله بمناسبة تطرقه للعقود المبرمة عن بعد والبيوع خارج المحلات التجارية.

فبخصوص النوع الأول، أي بالنسبة للعقود المبرمة عن بعد، فإن المادة 36 من القانون رقم 31.08 نصت على ما يلي "للمستهلك أجل:

سبعة أيام لممارسة حقه في التراجع؛

ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و 32.

وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

تسري الآجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات.

تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و 42".

وبالرجوع للمادة 37 من هذا القانون –القانون رقم 31.08– نجدها حددت الجزاء المترتب عن ممارسة هذا الحق، حيث جاء فيها "عند ممارسة حق التراجع، يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور. وبعد انصرام الأجل المذكور، تترتب بقوة القانون، على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به".

أما بالنسبة للبيع خارج المحلات التجارية، فإننا نجد القانون رقم 31.08 خصص للحق في التراجع المادتين 49 و 50 من هذا القانون، حيث نصت الأولى على ما يلي: "استثناء من أحكام الفصل 604 من الظهير الشريف الصادر في 9

رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يجوز للمستهلك التراجع داخل أجل أقصاه سبعة أيام ابتداء من تاريخ الطلبية أو الالتزام بالشراء، عن طريق إرسال الاستمارة القابلة للاقتطاع من العقد بواسطة أية وسيلة تثبت التوصل.

يعتبر كل شرط من شروط العقد يتخلى المستهلك بموجبه عن حقه في التراجع باطلا وعديم الأثر.

لا تطبق أحكام هذه المادة على العقود المبرمة وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 51".

318. لعل الملاحظة الأساسية على القانون رقم 31.08 بخصوص هذه الضمانة المقررة للمستهلك –خيار الرجوع– **تتمثل في تضييقه لنطاق تطبيقه؛** حيث إنه بالإضافة لكون القانون الجديد حصر منح مهلة الرجوع في نوعين من العقود فقط، كما أشرنا لذلك، فإننا وجدنا هذا القانون استثنى خضوع العديد من العقود التي تصنف داخل دائرة أحد النوعين السالفي الذكر لخيار الرجوع.

فبالرجوع للمادتين 38 و 42 والفقرة الأخيرة من المادة 49 من هذا القانون، **يتبين لنا أنها استثنت العديد من العقود،** بل إنه نص في المادة الأولى على خمسة أنواع من العقود التي لا يمكن أن يمارس فيها المستهلك حق التراجع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وهو ما يبدو لنا أمرا صعبا في ظل الوضعية الصعبة والضعيفة التي يتواجد فيها المستهلك كقاعدة عامة.

319. ونرى أنه بالرغم من كون هذه الأحكام التي جاء بها المشرع المغربي هي في أغلبها تتشابه مع تلك التي جاءت بها القوانين الحديثة الخاصة بالاستهلاك، **فإن ذلك لا يعني أنها غريبة عن المجتمع المغربي الذي كان يطبق أحكام الفقه الإسلامي،** لاسيما إذا علمنا أن هذا الفقه كان له السبق في ذلك، من خلال خيار

الرؤية وخيار المجلس[375]. **فبخصوص خيار الرؤية**[376] فهو عام لكل متعاقد لم يسبق له رؤية المبيع، رؤية مميزة فله أن يفسخ العقد بعد الرؤية حتى ولو جاء المحل مطابقا كما جاء في المادة 320 من مجلة الأحكام العدلية. فنستنتج من ذلك، أنه يتحقق له من حيث الواقع مهلة للرجوع عن العقد.

كما أن فقهاء الشافعية والحنابلة يقولون **بخيار المجلس**[377]، الذي يحقق لأطراف العقد مصلحتهما مادام يخول لهما إمكانية إعادة النظر في العقد، كما يتضح لنا مما ذهب إليه الفقيه ابن القيم رحمه الله[378] "إن الشارع أثبت خيار المجلس في البيع حكمة ومصلحة للمتعاقدين، ويحصل تمام الرضا الذي شرطه الله تعالى فيه، فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر في القيمة، فاقتضت محاسن هذه الشريعة الكاملة أن يجعل للعقد حريما يتروى فيه المتبايعان ويعيدان النظر، ويستدرك كل واحد منهما عيبا كان خفيا فلا أحسن من هذا الحكم ولا أرفق لمصلحة الخلق".

بمعنى أن الهدف من هذا الخيار في الفقه الإسلامي**هو التروي**، وهو في ظل التباين الواضح الحاصل في وقتنا الحالي لن يكون إلا في مصلحة المتعاقد الضعيف، أو ما يسمى في القوانين الحديثة بالمستهلك.

---

[375] إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد غير اللازم. دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية؛ مرجع سابق، ص:242.

[376] إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق؛ ص:102.

مالك بن أنس: الموطأ، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية/ لبنان، دون ذكر سنة الطبع، ص:671.

محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المكتبة التجارية الكبرى، 1959، ص:320.

محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى/ 1994، ص:154.

محمود محمد الطنطاوي: المدخل إلى الفقه الإسلامي: تاريخ التشريع ..ومصادره..والنظريات الفقهية، مكتبةوهبة، 1987، ص:329.

[377] لا يعني ذلك أن الفقه الإسلامي بمختلف مدارسه لم يعرف إلا هاذين النوعين من الخيار، بل هناك أنواع أخرى من الخيارات تكاد تؤدي نفس الوظيفة، ويمكن أن نشير فقط على سبيل المثال **لخيار الخيانة** في بيوع الأمانات وعقود الاسترسال وتلقي الركبان، أي عندما يركن المشتري إلى أمانة البائع في عقود الأمانات أو يظهر جهله وعدم خبرته للبائع فله فسخ العقد بالخيار للخيانة.

أنظر ابن القيم: إعلام الموقعين، الجزء الثاني، ص:309.

[378] ابن القيم: إعلام الموقعين، الجزء الثالث، ص:105.

الفرع الثاني: المحل

320. بالرجوع للفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي، نجده يعدد من بين الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة **المحل**، أو بما عبر عنه **بشيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام**، كما أنه بالرجوع لمختلف الأحكام التي خصصها المشرع المغربي للمحل، أي الفصول من 57 إلى 61 من ق.ل.ع. يتضح أنه يعتبره ركنا في الالتزام وليس في العقد[379].

بذلك يكون المشرع المغربي قد تبنى التوجه الحديث الذي يستبعد فكرة محل العقد[380]، على اعتبار أن المقصود بهذا المحل الأخير هو تلك العملية القانونية التي يراد تحقيقها[381] من وراء العقد كالبيع، الإيجار والوكالة أو غيرها؛ بينما يقصد بمحل الالتزام هو ذلك الأداء[382] المتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

لعل أهمية هذا التمييز تبرز على مستوى النتائج القانونية المترتبة عن ذلك، فقد يكون محل الالتزام مشروعا، بينما محل العقد باطلا[383]، وهذه حالة بيع التركة المستقبلة فمحل الالتزام فيها يعتبر صحيحا ما دام أنها قابلة للوجود في المستقبل، أي أن البائع يمكنه نقل ملكيتها إلى المشتري، غير أن العقد باطل بسبب منع القانون التصرف في تركة شخص ما زال على قيد الحياة كما يتضح من الفقرة الثانية من الفصل 61 من ق.ل.ع.م.

---

[379] يذهب الفقه الفرنسي، إلى أنه بالرغم من الغموض الذي يعتري التعبير الذي جاء به الفصل 1108 من القانون المدني الفرنسي، الموازية للمادة 1128 بعد تعديل 10 فبراير 2016؛ والذي أكدته العديد من النصوص القانونية الأخرى؛ حيث إنه بالرجوع للفصول من 1126 إلى 1128 تظهر استعمال محل العقد، في حين أن مراجعة الفصول 1129 و 1130 تبين استعماله لمحل الالتزام. غير أن هذا التعبير السيء كما يؤكد على ذلك هذا الفقه، ليس لها من تبرير خاص؛ وأن الحقيقة هي أن مقتضيات هذا القانون تخص محل الالتزام؛ بمعنى ما هو الالتزام الملقى على عاتق المتعاقد، أو الذي يتعين على المتعاقد تنفيذه، فهو إما إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كما أكدت على ذلك المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit; P:199.

[380] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:152.

عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد؛ مرجع سابق؛ ص:135.

مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:174.

[381] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:227.

[382] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:227.

[383] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit ;P:200.

321. قبل الانتقال إلى معالجة مختلف شروط المحل، **ينبغي التطرق لملاحظتين مهمتين؛ الأولى** هي أننا نقصد بمحل الالتزام هنا الالتزام الإرادي[384]، على اعتبار أنه في الالتزام غير الإرادي كما هو الشأن بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فإن القانون هو الذي يتولى تعيين المحل؛ **أما الملاحظة الثانية**، فهي أنه أصبح من الشروط الأساسية في المحل، لاسيما في ظل التحولات التي شهدتها أغلب العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، أن تكون قيمة المحل تتسم بقدر من العدالة[385]، أي أن لا يكون هناك تباين فاحش بين محل التزامات طرفي العقد، وهذا هو عنصر الغبن الذي ارتأينا تناوله في المبحث الخاص بعيوب الرضى للارتباط الوثيق بينه وبين باقي العيوب الأخرى.

322. عموما، فإنه من أجل أن يكون العقد صحيحا، فإنه ينبغي أن تتوفر مجموعة من الشروط في محل الالتزام؛ أولها أن يكون موجودا أو قابلا للوجود في المستقبل إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، أما إذا كان محله عملا أو امتناعا عن عمل فإنه ينبغي أن يكون ممكنا (المبحث الأول)؛ إضافة إلى شرط التعيين أو القابلية للتعيين (المبحث الثاني)، وأخيرا ينبغي أن يكون المحل مشروعا (المبحث الثالث).

المبحث الأول: ضرورة أن يكون المحل موجودا وممكنا

323. نميز بصدد هذا الشرط بين الالتزام الذي يكون محله إعطاء شيء، حيث ينبغي أن يكون موجودا أو على الأقل قابلا للوجود في المستقبل (المطلب الأول)؛ أما الالتزام الذي يكون محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فإنه يتعين أن يكون ممكنا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضرورة وجود المحل أو قابليته للوجود

324. إذا كان محل التزام المتعاقد يتمثل في إعطاء شيء، فإنه ينبغي أن يكون موجودا أثناء إبرام العقد، وإلا فإن العقد يكون باطلا[386]؛ بمعنى أنه إذا تبين أن المحل لم يكن موجودا وقت العقد أو هلك قبل إبرامه، فإن مصير هذا الأخير هو البطلان، **سواء كان**

---

[384] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007 ; p:140.

[385] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit ;P:215.

[386] NAMMOUR Fady, CABRILLAC Rémy, CABRILLAC Séverine et LACUYER Hervé : Droit des obligations, droit français-droit libanais parspectives européennes et internationales ; L.G.D.J. 1er édition 2006 ; P:90.

الهلاك ناتجا عن فعل مادي كاحتراق المنزل أو السيارة محل الالتزام أو حالة بيع منتوج زراعي سبق أن هلك قبل البيع، **أو كان الهلاك قانونيا** كما هو الشأن بالنسبة للرخصة التي سبق أن ألغيت قبل إبرام العقد.

325. وكما يصح التعاقد على شيء موجود فعلا وقت العقد، فإنه يصح التعاقد أيضا على شيء محتمل الوجود، **أي على شيء مستقبل**؛ وقد أجازت هذه الإمكانية مختلف التشريعات بشكل صريح، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المغربي، الذي نص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 61 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه **"يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون"**. وهو نفس الحكم الذي سبق للقانون المدني الفرنسي أن أكد عليه بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 1130 التي أصبحت هي المادة 1163 بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016، ثم جسده فيما بعد بخصوص بيع العقارات في طور الإنجاز بمقتضى الفصول 1601/ 1 إلى 1601/ 4 من نفس القانون[387].

لعل الأمثلة على التعامل في الأشياء المستقبلة في الحياة العملية كثيرة، من ذلك قيام صاحب المصنع ببيع كمية معينة من المنتجات قبل صنعها مع تعجيل المشتري بالمبلغ الإجمالي أو على الأقل مبلغا محددا للبائع، وتسمى هذه الحالة **ببيع السلم** التي نظمها المشرع المغربي بمقتضى الفصول من 613 إلى 618 من ق.ل.ع. وقد عرفه الفصل الأول بما يلي: "السلم عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغا محددا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه".

من الأمثلة البارزة أيضا، **بيع العقار قبل إنجازه أو بنائه**، الذي أثار العديد من المشاكل لاسيما في ظل الفراغ القانوني الذي هيمن على أغلب القوانين؛ مما سمح للطرف القوي الذي يتمثل في مهنيي قطاع البناء وبيع العقار باستغلال المستهلكين الذين يرغبون في الحصول على مسكن في ظل الأزمة التي عرفها هذا القطاع[388]. لهذه الاعتبارات كان لزاما

---

[387] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit; P:204.
MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; EDITION CUJAS ; Op.cit ; p:270.

[388] محمد بن أحمد بونبات: بيع العقارات في طور الإنجاز، دراسة في ضوء القانون رقم 44.00؛ سلسلة آفاق القانون (9)، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش؛ الطبعة الأولى 2003؛ ص:7.

على المشرع المغربي أن يتدخل لتنظيم هذا النوع من العقود المستقبلية؛ وهو ما تم بمقتضى القانون رقم 44.00 المغير والمتمم بمقتضى القانون رقم 107.12[389]، الذي أدمج الفصول من 618 مكرر-1 إلى 618 مكرر-20، أي عشرين مادة.

وبحسب المادة الأولى كما تم تغييرها بمقتضى القانون رقم 107.12، أي الفصل 618 مكرر-1، فإنه "يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال"[390].

ويتميز قانون بيع العقار في طور الإنجاز بمجموعة من المميزات، التي تهدف في مجملها إلى حماية الطرف الضعيف في هذا العقد؛ والتي تتمثل في **جعله عقدا شكليا من جهة أولى** سواء أثناء إبرام العقد الابتدائي[391] أو النهائي[392]؛ **ومن جهة أخرى، فإنه يعتبر**

---

[389] ظهير شريف رقم 1.16.05 بتاريخ 3 فبراير 2016، الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 18 فبراير 2016.

[390] يرى أحد الأساتذة المغاربة أن هذا التعريف ما هو إلا ترجمة لما كان يتبناه العمل القضائي، ذلك أنه بالرجوع للأحكام الصادرة عن محاكم التابعة لدائرة محكمة الاستئناف بالرباط نجدها تعتبر عقد بيع العقار في طور الإنجاز بمثابة عقد ابتدائي؛ من ذلك القرار الصادر عن محكمة بالرباط بتاريخ 16 أبريل 1982، حيث جاء فيه "لكن بالرجوع إلى العقد الرابط بين الطرفين والذي بمقتضاه باع المستأنف عليهما محل النزاع يتبين أن عقد البيع خالي من أي شرط مما أصبحت بنوده ملزمة للطرفين معا حسب مقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع".

جيلالي بوحبص: قراءات في القانون العقاري وقانون البناء؛ دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع/ الدار البيضاء؛ الطبعة الأولى:2009.

[391] تطبيقا للمادة 318-3 مكرر من القانون رقم 44.00 التي نصت على ما يلي: "يجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.

يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.

يقيد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى طبقا للفصل 34 من الظهير الشريف رقم 1.93.162 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.

يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.

يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته.

يتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها.

يجب أن يتضمن العقد على الخصوص العناصر التالية:

- هوية الأطراف المتعاقدة؛
- الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ، مع تحديد الحقوق العينية والتحملات العقارية الواردة على العقار وأي ارتفاق آخر عند الاقتضاء؛
- تاريخ ورقم رخصة البناء؛
- وصف العقار محل البيع؛
- ثمن البيع النهائي وكيفية الأداء؛
- أجل التسليم؛
- مراجع الضمانة البنكية أو أية ضمانة أخرى أو التأمين عند الاقتضاء.

ويجب أن يرفق هذا العقد:

=

عقد استهلاك، ولذلك جاء هذا القانون بمجموعة من المقتضيات الحمائية، لعل أهمها ما نص عليه الفصل 618-8 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه على أنه يعد باطلا كل أداء كيفما كان قبل التوقيع على العقد الابتدائي **أو عقد التخصيص** في حالة اللجوء إلى إبرامه.

وتنبغي الإشارة إلى أن التنصيص على **'عقد التخصيص'**[393] هذا يعتبر من مستجدات القانون رقم 107.12 المغير والمتمم للقانون رقم 44.00، حيث خول إمكانية إبرامه، واشتراط ضرورة كتابته، دون فرض نوع معين منها؛ ويبقى إبرام هذا العقد مجرد مرحلة اختيارية، جاء بها المشرع من أجل حماية المشتري، لاسيما إذا علمنا أن الممارسة كشفت عدم احترام الأطراف المتدخلة في هذا النوع من العمليات للمقتضيات التي جاء بها القانون رقم 44.00، حيث غالبا ما كان يكتفي المنعش العقاري بمنح المشتري المستقبلي مجرد وصل، وتمسكهم بأن مثل هذا الوصل أو الحجز إنما هو آلية داخلية تسمح لهم ببرمجة بيوعاتهم.

لكل هذه الاعتبارات، عمل القانون رقم 107.12 على تنظيم عقد التخصيص، وجعله مرنا على مستوى الكتابة المتطلبة، لما في ذلك من تشجيع للمتعاملين في هذا المجال على التعامل داخل الإطار القانوني الجديد؛ غير أنه من أجل حماية المشتري المستهلك، فإن المشرع المغربي جاء بضمانتين، الأولى تتعلق بالبيانات التي ينبغي تضمينها هذا العقد[394]، أما الضمانة الثانية فتتمثل في اشتراط الحصول على رخصة البناء قبل إبرام عقد التخصيص، وذلك تحت طائلة البطلان[395].

- بنسخ مطابقة لأصل التصاميم المعمارية بدون تغيير وتصاميم الإسمنت المسلح ونسخة من دفتر التحملات؛
- بشهادة مسلمة من لدن المهندس المختص تثبت الانتهاء من أشغال الأساسات الأرضية للعقار".

[392] نص الفصل 618-16 نص على أن العقد النهائي يبرم طبقا لمقتضيات الفصل 618-3 المشار إليه أعلاه وذلك بعد أداء المبلغ الإجمالي للعقار أو للجزء المفرز من العقار، محل عقد البيع الابتدائي.

[393] نص الفصل 3-618 مكرر مرتين في فقرته الأولى على ما يلي: "يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف".

394 نصت الفقرة الثالثة من الفصل 3-618 مكرر مرتين على ما يلي: "يتضمن عقد التخصيص البيانات الواردة في البنود 1 و2 و3 و4 و5 و6 و7 المنصوص عليها في الفصل 618.3 مكرر أعلاه".

395 نصت على هذا المقتضى الفقرة الثانية من الفصل 3-618 مكرر مرتين، حيث جاء فيها "لا يجوز إبرام عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز، تحت طائلة البطلان، إلا بعد الحصول على رخصة البناء".

326. إذا كانت القاعدة، هي جواز التعامل في الأشياء المستقبلة، **فإن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات**، من أهمها عدم جواز التعامل في التركة المستقبلة التي نصت عليها مختلف التشريعات[396]، وذلك بهدف الحيلولة دون جعل حياة الإنسان مجالا للمضاربة؛ وقد نص على هذا المنع المشرع المغربي بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 61 من ق.ل.ع. التي جاء فيها "ومع ذلك لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها، أو في شيء مما تشتمل عليه، ولو حصل برضاه، وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا".

المطلب الثاني: أن يكون المحل ممكنا

327. بخلاف الحالة السالفة، فإنه عندما يكون محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فإنه ينبغي أن يكون هذا المحل ممكنا لا مستحيلا؛ أو بمعنى آخر، أنه إذا كان المحل مستحيلا، كان العقد باطلا؛ لكون القاعدة القانونية تقضي بأنه **لا التزام بمستحيل**[397]؛ وقد أكدت على هذا الشرط مختلف التشريعات، من ذلك القانون المغربي بمقتضى الفصل 59 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون".

328. إن الاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد، **هي الاستحالة المطلقة لا الاستحالة النسبية**؛ حيث إن هذه الأخيرة تشكل فقط عجزا شخصيا لبعض الأشخاص دون غيرهم، الأمر الذي يفيد أنها لا تحول دون إبرام العقد بالنسبة للأشخاص القادرين على تخطي هذه الاستحالة النسبية؛ في حين أن الاستحالة المطلقة تجعل موضوع الالتزام مستحيلا في ذاته وبالنسبة لجميع الأشخاص، كما أكدت على

---

[396] لعل مصدر هذا المنع في التشريعات الغربية هو القانون الروماني، الذي كان يحرم ضروب التعامل في التركات المستقبلة على اعتبار أنها تخالف الأداب، إضافة إلى كونها قد تكون أحد أدوات التعجيل بوضع حد لحياة الشخص طمعا في استحقاق تركته قبل الأوان؛ غير أن هذا القانون كان يحصر هذه القاعدة في نطاق ضيق، يتمثل في منع التعاقد بين شخصين بخصوص تركة شخص ثالث، بمعنى أنه كان يجيز التعامل بالتركة المستقبلة إذا تم ذلك برضاء المورث. ثم انتقلت هذه المبادئ إلى القانون الفرنسي القديم، إلا أن القضاء اختلف في تطبيقها، فبعض المحاكم أخذت بقاعدة الحظر وما تتضمنه من استثناء، في حين ذهبت محاكم أخرى إلى الأخذ بالقاعدة على إطلاقها دون أي استثناء؛ أي أن هذا القضاء حرم التعامل في التركة المستقبلة ولو تم برضا صاحبها؛ وهذا التفسير هو الذي أخذ به واضعو مدونة نابليون.

[397] يبدأ الفقه الفرنسي حديثهم عن هذا الشرط بمقولة لا التزام بمستحيل à l'impossible, nul n'est tenu.

Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS : Leçons de droit civil, Obligation Théorie générale ; op.cit ; P :248.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit; P:204.

MALAURIE Ph. Et AYNES L. : Droit civil ; les obligations ; EDITION CUJAS ; Op.cit ; p:271.

ذلك بعض التشريعات، من بينها القانون المدني الأردني الذي نص على ما يلي "إذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت التعاقد كان العقد باطلا".

329. كما يقسم الفقه الاستحالة المطلقة إلى نوعين[398]؛ **النوع الأول يسمى بالاستحالة القانونية**، التي تتمثل في وجود مانع قانوني يحول دون إبرام العقد، كتعهد محام برفع استئناف عن قضية بعد فوات أجل استئنافها؛ **أما المقصود بالاستحالة الطبيعية**، فهي التي ترجع لطبيعة الالتزام كأن يلتزم شخص على أن يقطع المحيط الأطلسي سباحة. وقد أكد على بطلان الاستحالة الطبيعية أو المادية المشرع المغربي بمقتضى الفصل 729 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "يبطل كل اتفاق يكون موضوعه: ب) القيام بأعمال مستحيلة ماديا".

330. في الأخير، نود الإشارة إلى أنه ينبغي التمييز بين الاستحالة المطلقة التي تحول دون إمكانية قيام العقد، أو التي تؤدي إلى بطلانه، وبين الاستحالة المطلقة اللاحقة لانعقاد العقد، حيث إن الالتزام يقوم ويعتبر العقد صحيحا في هذه الحالة الأخيرة، مادام أن الالتزام كان ممكنا وقت تمام العقد، غير أنه ينقضي بسبب هذه الاستحالة كما هو الشأن بالنسبة للقوة القاهرة والحادث الفجائي، حيث تؤدي هذه الأسباب إلى فسخ العقد الملزم لجانبين، وإلى الإعفاء من المسؤولية[399].

المبحث الثاني: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين

331. نص على هذا الشرط المشرع المغربي بمقتضى الفصل 58 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه. ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد".

332. والحق يقال، إن هذا الشرط يعتبر مهما لطرفي العقد، على اعتبار أن هذا التحديد هو الكفيل بأن يعرف المدين حدود التزاماته، كما أنه من خلاله يتمكن الدائن من معرفة ما سيطالب به[400]. عموما، فإننا نرى على أن تعيين محل الالتزام يختلف بحسب

[398] TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations ; op.cit ; P:307.

[399] نص الفصل 268 من ق.ل.ع. على ما يلي "لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن".

[400] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ;les obligations, 1.L'acte juridique,op.cit ;P:200.

طبيعة هذا المحل؛ حيث يمكننا التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل (المطلب الأول)، أو بإعطاء شيء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعيين المحل في الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل

333. إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فإنه يجب أن يكون هذا المحل معينا أو قابلا للتعيين؛ ومن الأمثلة على ذلك، أن يتعهد مقاول ببناء عمارة معينة، ففي هذه الحالة يتوجب أن يكون محل الالتزام محددا تحديدا دقيقا، من خلال تحديد عدد الطوابق ومواصفاتها.

أما إذا خلا المحل من هذا التحديد، **فإن العقد يكون باطلا**[401]؛ ففي المثال السابق، فإن المقاول الذي يكتفي بأن يلتزم بإقامة العمارة دون أن يعين عدد شققها ولا مواصفاتها، فإن المحل يكون غير معين تعيينا كافيا، وبالتالي يكون العقد باطلا.

334. وقد ذهب الفقه الإسلامي إلى التمييز بين الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة[402]، فالأولى هي التي تؤثر على العقد، لما ينتج عنها من غرر وخداع؛ في حين أن الجهالة اليسيرة لا تحول دون قيام العقد صحيحا، لكون العرف جرى على التسامح بشأنها.

المطلب الثاني: تعيين المحل في الالتزام بإعطاء شيء

335. إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء، أي الالتزام بإعطاء شيء، فإنه ينبغي أن يكون هذا الشيء معينا أو قابلا للتعيين؛ وكما سنبرهن على ذلك فإن كيفية التعيين هنا تختلف بحسب ما إذا كان الشيء من القيميات (أ)، أو من المثليات (ب).

---

[401] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:242.

[402] محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مرجع سابق؛ ص:320.

محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، مرجع سابق.

محمود محمد الطنطاوي: المدخل إلى الفقه الإسلامي: تاريخ التشريع ..ومصادره..والنظريات الفقهية، مكتبة وهبة، 1987.

أ: تعيين المحل في الأشياء القيمية

336. يجمع الفقه على أنه إذا ورد العقد على شيء قيمي، أي شيء معين بالذات، فإنه يتعين تحديده تحديدا دقيقا[403]، وأن يوصف هذا الشيء وصفا دقيقا حتى لا يختلط بغيره ومنعا من الجهالة الفاحشة. والأمثلة على ذلك كثيرة، منها أن يقوم شخص ببيع منزل معين أو عقار ما[404]، حيث ينبغي عليه أن يحدد موقعه ومساحته وحدوده[405].

ب: تعيين المحل في الأشياء المثلية

337. إذا كان الشيء من المثليات[406]، فإنه ينبغي تعيينه بجنسه ونوعه ومقداره؛ كما هو الشأن بالنسبة لبيع قنطار من القمح أو الأرز أو سيارة من نوع معين؛ حيث يكفي لكي يكون المحل معينا، أن يتم تحديد نوعيتها، بخلاف الوضع بالنسبة للأشياء القيمية التي تستلزم التحديد الدقيق المنافي للجهالة.

وبالنظر لكون أطراف العقد، قد يهملون تحديد عنصر الجودة بشكل مسبق؛ فإن المشرع المغربي توقع هذه الفرضية فوضع لها مقتضيات خاصة، وذلك بمقتضى الفصل 244 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه "إذا لم يعين الشيء إلا بنوعه لم يكن المدين ملزما بأن يعطي ذلك الشيء من أحسن نوع، كما لا يمكنه أن يعطيه من أردئه".

338. أما إذا كان محل الالتزام نقودا، فإنه يجب أن تكون معينة بنوعها ومقدارها على غرار أي محل للالتزام[407]؛ وبالرجوع للفصل 247 من ق.ل.ع. نجده تناول بعض

---

403 MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.) : Les contrats spéciaux, op.cit ; P:135.

404 NAMMOUR Fady, CABRILLAC Rémy, CABRILLAC Séverine et LACUYER Hervé : Droit des obligations, droit français-droit libanais parspectives européennes et internationales ; op.cit ; P:91.

405 في هذا السياق، فإن المجلس الأعلى ذهب في قرار له بتاريخ 03 نوفمبر 1983 إلى نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف عندما تبين له أن القطعة الأرضية محل البيع لم يحدد رسمها العقاري ولا الحدود المميزة لها وأن محكمة الموضوع عندما لم تناقش هذه المسألة تكون قد عرضت حكمها للنقض.

406 المقصود بالأشياء المثلية هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض، أو هي تلك الأشياء التي لها ما يقابلها في السوق من حيث النوع والمواصفات.

407 عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:143.

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:243.

الإشكالات المرتبطة بمحل الالتزام متى كان عبارة عن مبالغ مالية؛ يمكن اختزالها فيما يلي:

- إذا كان اسم العملة الواردة في الالتزام يسري على نقود عديدة متداولة قانونا ولكنها مختلفة القيمة، كان للمدين عند الشك، **أن يبرئ ذمته بالدفع بالنقود الأقل قيمة**.

- مع ذلك، ففي العقود التبادلية يفترض في المدين **أنه ملتزم بالنقود الأكثر استعمالا**. فإن كانت العملات على قدم المساواة وجب إبطال العقد.

المبحث الثالث: أن يكون المحل مشروعا

339. نستشف هذا الشرط من خلال الفصل 57 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، الذي جاء فيه "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها". وهو قريب مما كان ينص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1128 مدني التي كانت تنص على أن الأشياء التي تدخل في دائرة التجارة هي وحدها التي يمكن أن تكون محل الاتفاقات[408].

340. وقد ذهب الفقه الفرنسي إلى أن **مصطلح التجارة "commerce"** لا يؤخذ بالمعنى المعروف في اللغة المألوفة[409]؛ فالشيء الخارج عن دائرة التعامل هو الشيء الذي لا يقبل أن يكون موضوع اتفاق[410]، والذي يمكن أن **يتمثل في مال مادي أو عمل شخصي يتعهد به المدين**؛ ومن قبل الحظر الأول ما يدخل في نطاق الملك العام للدولة، حيث يخرج عن دائرة التعامل، إضافة لذلك فقد يكون المنع هدفه حماية الصحة العامة، كما هو الشأن بالنسبة لبيع حيوانات مصابة بأمراض معدية؛ **أما بخصوص القيام**

[408] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:224.
[409] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, 13ème édition ; DALLOZ, 2008 ; P:205.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit; P:224.
[410] NAMMOUR Fady, CABRILLAC Rémy, CABRILLAC Séverine et LACUYER Hervé : Droit des obligations, droit français-droit libanais parspectives européennes et internationales ; L.G.D.J. 1er édition 2006 ; P:97.

بعمل، فإنه يعتبر باطلا، العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين القيام بعمل جرمي.

341. من الأشياء التي حرم القانون المغربي التعامل فيها لكونها غير مشروعة ما نص عليه الفصل 484 من ق.ل.ع.م. الذي جاء فيه على أنه يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات وفقا لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة.

وبالرجوع للفقه الإسلامي، نجده هو الآخر أكد على مشروعية المحل[411]، ذلك أن من شروط البيع أن يكون المبيع طاهرا فلا يصح بيع نجس العين كالخمر والميتة والخنزير ونحو ذلك، والأصل في تحريم ذلك حديث جابر رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"[412].

كما أن هناك العديد من التطبيقات القضائية في المغرب لهذا المبدأ، من ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 27 يوليوز 1988، الذي جاء فيه "حيث إن موضوع الدعوى يتعلق بالمطالبة بأداء دين عن بيع مشروبات كحولية. وحيث إن هذه المعاملة أساسها باطل لكونها تتنافى مع الأخلاق الحميدة وبالتالي مع النظام العام المغربي الذي لا يقر ما يبنى على فساد الأخلاق من معاملات أو التزامات. وحيث إن محل الدعوى في النازلة غير مشروع لكونه ينصب على أشياء خارجة عن نطاق دائرة التعامل بحكم القانون، مما يكون معه الحكم الابتدائي قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده"[413].

342. ويخرج عن دائرة التعامل أيضا جسم الإنسان أو أحد أعضائه، كما أكدت على ذلك العديد من التشريعات، كالقانون الألماني، والإسباني، إضافة إلى القانون الفرنسي، لاسيما بواسطة القانون المؤرخ في 29 يوليوز 1994[414]، وإن كان القضاء في

---

[411] أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي: القوانين الفقهية؛ دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الثانية 2006؛ ص:184.

[412] متفق عليه، واللفظ لمسلم (أنظر شرح النووي: 11/ 6)؛ انظر كتاب التلقين في الفقه المالكي للقاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي؛ الجزء الأول، مكتبة نزار مصطفى الباز الرياض- مكة المكرمة؛ ص:359.

[413] قرار عدد 1474 في الملف عدد 60. 87/ 6؛ غير منشور.

[414] ANDORNO R.: La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des =

فرنسا لم ينتظر النص التشريعي لإقرار عدم شرعية التصرف في جسم الإنسان أو أحد أعضائه[415]، قبل أن تكرس ذلك المادة 16 من القانون المدني الفرنسي[416].

وهو نفس الموقف الذي سار عليه المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها[417]؛ حيث جاء في المادة 30 منه ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم كل من عرض بأية وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية بشأن أخذ أعضاء بشرية خرقا لأحكام المادة 5 من هذا القانون.

يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة الأشخاص الذين يقومون بمعاملة تجارية تتعلق بعضو بشري.

يعاقب بنفس العقوبات كل من تلقى أو حاول تلقي أجرة عير تلك المنصوص عليها والمتعلقة بإجراء عمليات مرتبطة بعمليات أخذ أعضاء بشرية أو الاحتفاظ بها أو زرعها أو ساعد على ذلك"[418].

procréations artificielles ; LGDJ ; 1996.
FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, 13ème édition ; DALLOZ, 2008 ; P :206.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; op.cit ; P:234.

415 Trib. Gr. Inst. Paris, 3 juin 1969 ; Dalloz 1970 ; 136.

416 نصت هذه المادة على أن لكل واحد الحق في احترام جسمه، فجسم الإنسان لا يمكن المساس به. جسم الإنسان، وأعضائه، لا يمكن أن تكون موضوع تصرف مالي.
L'article 16-1 du code civil affirme que « chacun a droit au respect de son corps. –le corps humain est inviolable- le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

417 ظهير شريف رقم 1.99.208 صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها. الجريدة الرسمية عدد 4726؛ 16 سبتمبر 1999؛ ص:2299.

418 بالرجوع إلى الفصل الخامس من هذا القانون، نجده ينص على ما يلي "يعتبر التبرع بعضو بشري أو الإيصاء به عملا مجانيا لا يمكن بأي حال من الأحوال وبأي شكل من الأشكال أن يؤدى عنه أجر أو أن يكون محل معاملة تجارية. ولا تعتبر مستحقة سوى المصاريف المتصلة بالعمليات الواجب إجراؤها من أجل أخذ وزرع الأعضاء ومصاريف الاستشفاء المتعلقة بهذه العمليات".
راجع في هذا الموضوع نور الدين الشرقاوي الغزواني: قانون زرع الأعضاء البشرية؛ دراسة قانونية مقارنة؛ مطبعة أولمبيا؛ القنيطرة/ 2000.
رجاء ناجي مكاوي: نقل وزرع الأعضاء أو الاستخدام الطبي لأعضاء الإنسان وجثته، مقاربة بين القانون المغربي والمقارن والشريعة الإسلامية؛ شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع/ الرباط؛ 2002.

الفرع الثالث: السبب

343. لم يكتفي المشرع المغربي بتطلب عنصر التراضي والمحل، من أجل صحة العقد، بل إن الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي تطلبت ركنا آخر، يتمثل في ضرورة أن يكون هناك سبب مشروع للالتزام، وهو نفس الأمر الذي سبق أن أكدت عليه المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي. وكما سنرى، فإن المشرع المغربي خصص الفصول من 62 إلى 65 لنظرية السبب، تناول فيها مختلف عناصر هذا الركن؛ ليكون بذلك قد تأثر إلى حد كبير بالمواد من 1131 إلى 1133 من القانون المدني الفرنسي، **قبل أن يتم التخلي في فرنسا عن ذكر السبب كركن من أركان العقد في المادة 1128 وذلك بمقتضى التعديل الذي أدخل على القانون المدني الفرنسي بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016**.

344. لقد آثارت نظرية السبب جدلا فقهيا كبيرا حول تحديد ماهيته[419]؛ بل إنها من أعقد النظريات وأغمضها؛ كما أنها عرفت تجاذبا فقهيا عميقا، حيث برزت بصددها نظريتان أساسيتان[420]، الأولى تسمى بالنظرية التقليدية والثانية تسمى بالنظرية الحديثة وبينهما العديد من الأفكار والأراء (المبحث الأول)؛ التي كان لها انعكاس واضح على الموقف الذي تبناه القانون المغربي[421] (المبحث الثاني).

---

[419] FENOUILLET D. : Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats ; Dalloz ; 2003 ; P:81.
FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil; les obligations, 1.L'acte juridique, 13ème édition ; DALLOZ, 2008 ; P:218.

[420] GHESTIN Jacques : cause de l'engagement et validité du contrat ; L.G.D.J. 2006.
GHESTIN Jacques : Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause ; JCP /2006 ,I ; P :194.

[421] أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:176.
عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد؛مرجع سابق؛ ص: 447.
عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-؛ مرجع سابق؛ ص:144.
محمد ابن معجوز: السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة للسبب في القانون الروماني والفرنسي والقوانين العربية والشريعة الإسلامية؛ مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005.

المبحث الأول: ماهية السبب بين النظريتين التقليدية والحديثة

345. قلنا بأن نظرية السبب عرفت نقاشا كبيرا، تعود جذوره إلى الفقيه الفرنسي دوما الذي أسس لأصول النظرية التقليدية في السبب، والتي ترى أنه لا يتعدى القصد المباشر (المطلب الأول)، بخلاف النظرية الحديثة التي تتجاوز هذا القصد لتهتم بالسبب الباعث على التعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظرية التقليدية في السبب

346. بالرغم من الحجج التي قامت عليها النظرية التقليدية في السبب (الفقرة الأولى)، فإنها تعرضت لمجموعة من الانتقادات لاسيما من طرف الفقه البلجيكي والفرنسي (الفقرة الثانية)، دفعت ببعض الفقه المتحمس لهذه النظرية من الدفاع عنها، حيث استطاع الفقيه كابتان أن يخفف من حدة تلك الانتقادات كما سنرى في الفقرة الأخيرة من هذا المطلب (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: ماهية النظرية التقليدية في السبب

347. يرجع الفضل في ظهور هذه النظرية إلى الفقيه الفرنسي دوما، ثم من بعده بوتييه الذي عن طريقه انتقلت معالم وأسس هذه النظرية إلى القانون المدني الفرنسي في المواد من 1131 إلى 1133[422]. ويذهب أنصار هذه النظرية إلى التمييز بين ثلاثة أنواع من السبب، الأول هو السبب المنشيء للالتزام، والثاني هو الغرض غير المباشر أو البعيد أو ما يسمى بالسبب الباعث الدافع، بينما النوع الثالث من السبب هو الغرض المباشر الذي قصده الطرف المتعاقد أو ما يسمى بالسبب القصدي أو الغائي؛ وأنها لا تعتد إلا بهذا النوع الأخير[423]، لكونه يتسم بطابع موضوعي لا يتغير في الصنف الواحد من العقود.

[422] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX E. : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit ;P:220.

[423] استعرض أستاذنا الدكتور أحمد شكري السباعي مختلف التبريرات التي أدلى بها أنصار النظرية التقليدية، حيث كتب، بعد أن تطرق لهذا التمييز على نفس الترتيب الذي ذكرناه في المتن "...فالأول هو الواقعة القانونية التي تنشئ الالتزام من عقد أو قانون، أو إثراء بلا سبب أو عمل غير مشروع، وبعبارة أدق هو مصدر الالتزام، وهو بهذا المعنى يخرج عن نطاق هذه النظرية. والثاني هو الباعث الدافع إلى التعاقد، أو الغرض غير المباشر أو البعيد but indirecte et médiat but lointain والذي يحمل المتعاقد على إبرام العقد، **أي هو عنصر شخصي**، يتغير من شخص لآخر، حتى ولو كانت العقود من نوع واحد ولا تهتم النظرية التقليدية بهذا النوع من السبب، وتجعله غير مؤثر على العقد، سواء أكان مشروعا أو غير مشروع، فمثلا نجد ديمولوب—وهو من أنصار النظرية التقليدية– بعد أن فرق بين السبب: (وهو العنصر الثابت الذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود والباعث

=

348. عموما، فإن هذه النظرية تعالج السبب انطلاقا من تمييزها بين ثلاثة أنواع من العقود، هي العقود التبادلية (أولا)، والعقود العينية الملزمة لجانب واحد (ثانيا)، وأخيرا عقود التبرع (ثالثا).

أولا: السبب في العقود التبادلية

349. بحسب أنصار النظرية التقليدية، فإن السبب في العقود التبادلية أو الملزمة لجانبين، يتمثل في الالتزامات المتقابلة[424]، حيث إن سبب التزام أحد الطرفين هو الالتزام المقابل الذي يتحمل به الطرف الآخر؛ ففي عقد البيع، فإن التزام البائع بنقل ملكية المبيع هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المشتري بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع. وفي عقد المقاولة، فإن سبب التزام رب العمل بأداء الأجرة للمقاول هو التزام هذا الأخير بإنجاز الأشغال المتفق عليها.

ثانيا: السبب في العقود العينية

350. تذهب النظرية التقليدية إلى تجسيد السبب في العقود العينية الملزمة لجانب واحد في سبق تسليم الشيء[425]، فمثلا في عقد الرهن الحيازي، فإن سبب التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون لصاحبه هو واقعة التسلم التي وقعت أثناء إبرام عقد الرهن؛ ونفس الأمر ينطبق على عقد القرض والوديعة وغيرها من العقود العينية.

ثالثا: السبب في عقود التبرع

351. يرى أنصار النظرية التقليدية، أن المقصود بالسبب في عقود التبرع **هو نية التبرع في ذاتها**[426]، دون النظر إلى البواعث الحقيقية أو إلى ما يسمى بالدافع إلى التبرع الذي يعتبر

وهو متغير بطبعه) يتساءل: (والآن هل بنا حاجة لأن نضيف أن السبب الباعث كما رأينا، أي الباعث على العقد، لا أثر له على تكوين العقد أو صحته؟ لا أهمية لكونه جدا أو مزاحا، ولا لكونه مشروعا أو غير مشروع وقد رأينا فيما سبق ألا محل للبحث فيما إذا كان حقيقيا أو زائفا، وأن الغلط في الباعث على التعاقد لا يعتبر سببا للبطلان" والثالث وهو الذي اعتد به أقطاب النظرية التقليدية دوما Domat وبوتييه Pothie وعرفه أحد أنصارها وهو ديمولوب بقوله هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه بالتزامه، وهو في عرف هذا الفقه التقليدي، وإن كان يختلف باختلاف العقود فهو ثابت لا يتغير بالنسبة للنوع الواحد منها.....".

أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:176.

[424] TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations ; op.cit ; P:349.

[425] عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:147.

مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:204.

[426] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, 13ème édition ; DALLOZ, 2008 ; P:220.

متغيرا، حيث قد يكون هذا الأخير هو الرغبة في مساعدة الموهوب له على مواجهة الحياة أو في تشجيعه على القيام بعمل معين؛ في حين أن السبب بمفهوم النظرية التقليدية، الذي ينحصر في نية التبرع، لا يتغير.

352. من جهة ثانية، فإن السبب بهذا المفهوم في عقود التبرع، يختلف عن السبب في العقود الملزمة لجانبين؛ بالنظر لغياب تقابل الالتزامات؛ ففي عقد الهبة، فإن الواهب يلتزم بإعطاء شيء إلى الموهوب له، في حين أن هذا الأخير لا يلتزم بأي شيء، ومن ثم لا يمكن القول بأن سبب التزام الواهب هو التزام الموهوب له، كما سبق أن رأينا بالنسبة للالتزامات التبادلية.

الفقرة الثانية: نقد النظرية التقليدية في السبب

353. تعرضت النظرية التقليدية في السبب لانتقادات عنيفة[427]، خاصة من قبل الفقهاء البلجيكيين والفرنسيين، وفي مقدمة هؤلاء الفقيه الفرنسي بلانيول، وعموما يسمى خصوم هذه النظرية باللاسببيين. حيث ذهب هؤلاء الفقهاء، إلى كون هذه النظرية التقليدية غير صحيحة (أولا)، إضافة إلى كونها غير مفيدة (ثانيا).

أولا: النظرية التقليدية في السبب غير صحيحة

354. ذهب خصوم نظرية السبب إلى أن الانتقاد الأساسي لهذه النظرية يعود بالأساس إلى كونها نظرية غامضة من حيث الأساس الذي تقوم عليه، أي أنها غير صحيحة[428]؛ ويظهر هذا الغموض بمجرد تأمل فكرة السبب في تقسيمات العقود التي أوردتها هذه النظرية.

ففي العقود الملزمة لجانبين تنشأ التزامات الطرفين في نفس الوقت من عقد واحد، ولا يمكن أن يكون أحدهما سبب للآخر، مادام أن السبب يجب أن يسبق المسبب، أو بحسب بعض الفقه[429]، يجب أن يتقدم السبب على النتيجة، كما تتقدم العلة على المعلول.

---

[427] FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit ; P :221.
BINET : De la fausse cause ; RTD civ. 2004 ; 655.
FAGES Bertrand : Droit des obligations ; op.cit ; P :152.

[428] مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:213.
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Op.cit ; P :267.

[429] محمد ابن معجوز: السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة للسبب في القانون الروماني والفرنسي والقوانين العربية والشريعة الإسلامية؛ مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005؛ ص:56.

وفي **العقود العينية** يرى خصوم النظرية التقليدية، أن التسليم، الذي يعتبر بحسب أنصار هذه النظرية بمثابة السبب، هو في الواقع ركنا إضافيا لصحة الالتزام في هذا النوع من العقود، يترتب عن تخلفه بطلان العقد أصلا لغياب ركن التسليم لا السبب.

أما في النوع الثالث من العقود، **أي في عقود التبرع**، ففي الوقت الذي ذهب فيه أنصار النظرية التقليدية إلى أن السبب يتمثل في نية التبرع، فإن خصوم هذه النظرية يرون أن النية هي نفسها ركن الرضا[430]؛ إضافة لذلك، فإن نية التبرع يصعب فصلها عن البواعث التي دفعت المتبرع إلى التبرع؛ ذلك أنه يصعب قبول فكرة أن المتبرع التزم بأن يتبرع لأنه أراد التبرع، لكون مثل هذا القول لا معنى له؛ ومن ثم، فإنه يتضح لنا أن هذه النظرية خلطت بين السبب والباعث.

ثانيا: النظرية التقليدية في السبب غير مفيدة

355. يذهب خصوم النظرية التقليدية في السبب إلى رفضها لاعتبار آخر يتمثل في كون اعتمادها غير مفيد Inutile[431]، نظرا لأنه يمكن الاستغناء عنها في مختلف التطبيقات التي رأيناها سابقا؛ ففي العقود الملزمة لجانبين، فإن فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة يغني عن فكرة السبب كما أخذ بها أنصار النظرية التقليدية، حيث إن مصير كلا من الالتزامين المتقابلين متوقف على مصير الآخر، أي أنه لا يمكن تصور وجود التزام من هذه الالتزامات المتقابلة دون وجود الالتزام المقابل؛ مما يعني أنه في العقود التبادلية تغني فكرة الارتباط عن فكرة السبب.

كما يمكن الاستغناء عن هذه النظرية في إطار العقود الملزمة لجانبين، حسب خصومها، في حالة بطلان العقد لعدم مشروعية السبب بالتوسع في فكرة البطلان لعدم مشروعية المحل[432]؛ ذلك أنه في جميع الحالات التي يبطل فيها الالتزام لعدم مشروعية السبب يبطل فيها الالتزام أيضا لعدم مشروعية المحل، ومن الأمثلة على ذلك التزام شخص بدفع مبلغ مالي محدد لشخص يلتزم من جانبه بارتكاب جريمة معينة، ففي مثل هذه الحالة، يعتبر الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب، لكن يمكن الاستغناء عن اعتماد

[430] TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves : Droit civil, les obligations ; Op.cit ; P:349.

[431] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Op.cit ; P :267.

[432] محمد ابن معجوز: السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة للسبب في القانون الروماني والفرنسي والقوانين العربية والشريعة الإسلامية؛ مرجع سابق؛ ص:57.

نظرية السبب، والاكتفاء ببطلان العقد بناء على عدم مشروعية المحل.

أما بالنسبة للعقود العينية، فإن انعدام التسليم يؤدي إلى بطلان العقد، لا بسبب غياب السبب، وإنما نتيجة تخلف ركن أساسي يتمثل في واقعة التسليم[433]. وهو نفس الحكم الذي ينطبق على تخلف نية التبرع في عقود التبرع، حيث إن عدم انعقاد العقد يرجع إلى انعدام ركن التراضي، ومن ثم يطرح خصوم النظرية التقليدية تساؤلا يتعلق بمدى جدوى اعتماد هذه النظرية بصفة كلية.

الفقرة الثالثة: دفاع كابيتان عن النظرية التقليدية في السبب

356. بالرغم من الانتقادات التي وجهت للنظرية التقليدية في السبب، فإن هناك زمرة مهمة من الفقه دافعت على هذه النظرية من أجل تفنيد ما وجه إليها من انتقادات، ويظهر على رأس هذا الفريق الفقيه الفرنسي **'هنري كابيتان'**[434] الذي حاول جاهدا الدفاع عن هذه النظرية، في ظل التعديلات والترميمات التي أدخلها عليها[435].

فالسبب في العقود التبادلية عند كابيتان، ليس هو تقابل الالتزامات في حد ذاتها، بل يتعداها إلى الرغبة في تنفيذ هذه الالتزامات، فمثلا نجد أن سبب التزام البائع بنقل الملكية ليس هو التزام المشتري بدفع الثمن، بل الرغبة في الوفاء بهذا الثمن؛ ومن ثم، فالسبب، كما يرى كابيتان، لا يرتبط بتكوين العقد، بل يرتبط بتنفيذه.

أما فيما يتعلق بالعقود العينية، فإن كابيتان يرى أن سبب الالتزام فيها ليس هو واقعة التسليم، وإنما يتجلى في الغرض الذي يهدف إليه الملتزم؛ بل إن هذا الفقه يرى على أن العقد العيني هو شبيه بالعقد الرضائي الملزم لجانبين وذلك على مستوى طبيعته، حيث إن سبب التزام كلا الطرفين هو التزام الطرف الآخر، ففي عقد القرض مثلا، فإن هناك التزامان، الأول على عاتق المقرض بتسليم مبلغ القرض، والثاني على عاتق المقترض برد مثله. وبخصوص العقود العينية الملزمة لجانب واحد كما هو الشأن بالنسبة للكفالة المجانية، فإن هذا الفقه يرى بأن سبب الالتزام فيها يرجع إلى نية المودع بأداء هذه الخدمة مجانا للمودع، أي نية التفضل.

---

433 FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric : Droit civil ; les obligations, 1.L'acte juridique, op.cit ; P :222.

434 CAPITANT H. : De la cause des obligations ; 1927.

435 حليمة أيت حمودي: نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ منشورات السلسلة القانونية/ 1986؛ ص:99.

وأخيرا، ففيما يخص عقود التبرع، فإن نية التبرع التي تشكل السبب في هذا النوع من العقود حسب أنصار النظرية التقليدية، لا يمكن أن تختلط بالرضى كما ذهب إلى ذلك خصوم هذه النظرية؛ وحجة كابيتان أن إرادة المتبرع يمكن تحليلها إلى عنصرين، العنصر الأول يتجلى في إرادة المتبرع في أن يلتزم وهذا هو الرضى، أما العنصر الثاني فهو إرادته في أن يكون هذا الالتزام دون مقابل –أي على سبيل التبرع–، وهذا هو السبب[436].

357. بالرغم من الحجج التي أدلى بها هذا الفقه، من أجل الدفاع عن النظرية التقليدية في السبب، فإنها مع ذلك بقيت قاصرة، مادام أنها لم تعتد بالبواعث الدافعة إلى التعاقد، ومن ثم اقتصرت فقط على الاهتمام بالغرض المباشر للملتزم عند تحليلها لنظرية السبب؛ لهذه الاعتبارات، برزت النظرية الحديثة التي سعت إلى تكميل النظرية التقليدية وإصلاحها بما يجعل من نظرية السبب ذات فائدة قانونية، كما سنرى في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: النظرية الحديثة في السبب

358. يعود الفضل في بروز هذه النظرية إلى القضاء الذي تبين له أن الحلول التي اقترحتها النظرية التقليدية بقيت عقيمة، ومن ثم لا تستجيب لجميع المشاكل التي يطرحها السبب أمام المحاكم، أو بحسب تعبير بعض الفقه العربي[437]، فإن النظرية التقليدية لم تستطيع أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذي يعيش في غمار العمل أن ينتفع بها. لذلك فإن القضاء الفرنسي لم يلبث أن خرج عليها، عن طريق تكسير الحواجز التي أقامتها هذه النظرية بين السبب والباعث، وخلط بينهما خلطا تاما في جميع أنواع العقود.

---

[436] تنبغي الإشارة إلى أن الفقيه هنري كابيتان هو نفسه أقر بأن النظرية التقليدية يجب أن تعدل تعديلا من شأنه أن يجعل الباعث مؤثرا في العقد في الحالات الثلاث الآتية:

الحالة الأولى: التبرع المقترن بشرط إذا تبين أن ذلك الشرط هو الدافع إلى التبرع.

الحالة الثانية: الوصية، لا يجوز اعتبار نية التبرع وحدها هي السبب في عقدها، بل يجب أن يعتد بالباعث الذي دفع الموصي إلى إجراء وصيته. ويجعل هذا السبب هو الذي يؤثر في صحة الوصية أو بطلانها. بحسب ما إذا كان الباعث مشروعا وحقيقيا، أو ليس كذلك.

العقد الذي أدخل فيه المتعاقدان الباعث، فأصبح بذلك هذا الباعث جزءا من العقد، فيجب حينئذ الاعتداد بهذا الباعث واعتباره هو السبب.

محمد ابن معجوز: السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة للسبب في القانون الروماني والفرنسي والقوانين العربية والشريعة الإسلامية؛ مرجع سابق؛ ص:64.

[437] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق؛ ص:497.

نستنتج مما سبق، أن القضاء الفرنسي جعل السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد[438]، هذا الأخير يعتبر أمرا ذاتيا خارجا عن العقد، ومن ثم يختلف باختلاف شخص المتعاقد؛ أي أنه ذو معيار شخصي. وبالنظر للنتائج العملية التي تترتب عن اعتماد هذا المعيار، فإن الفقه الحديث سرعان ما تبنى هذه النظرية ودافع عنها[439].

غير أن ذلك لا يعني أن النظرية الحديثة هجرت نهائيا الأفكار التقليدية في السبب، بدليل أنه لا زال يطبق جزءا مهما من مقتضياتها لاسيما في العقود الملزمة لجانبين، الذي يعتد فيها بالسبب القصدي إلى جانب الباعث الدافع إلى التعاقد، الذي يشترط فيه أن يكون مشروعا وداخلا في دائرة الآداب والنظام العام.

لعل من التساؤلات الجوهرية التي أثيرت بخصوص هذه النظرية، **هو مدى تهديد الاعتداد بالباعث لاستقرار المعاملات**. وقد تنبه القضاء الفرنسي لهذه النقطة، فاشترط أن يكون الباعث أساسيا ورئيسيا للاعتداد به.

359. تنبغي الإشارة في الأخير، إلى أن نظرية السبب الحديثة تتشابه إلى حد كبير مع ما سبق أن ذهب إليه **فقهاء المالكية والحنابلة**[440]، الذين ينظرون للسبب على أنه الباعث الدافع إلى التعاقد، وعلى أنه يعتبر موجودا إلى أن يثبت عدم وجوده؛ وبحسبهم، فإنه يعتد بالسبب سواء ذكر في العقد أم لم يذكر ما دام معلوما من الطرف الآخر، فإن كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح أما إن كان غير مشروع فالعقد غير صحيح[441].

---

[438] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Op.cit ; P :271.

[439] ذهب بعض الفقه، إلى أن جذور هذه النظرية ترجع إلى أشغال الفقيه هنري كابيتان و جاك موري.

NAMMOUR Fady, CABRILLAC Rémy, CABRILLAC Séverine et LACUYER Hervé : Droit des obligations, droit français-droit libanais parspectives européennes et internationales ; L.G.D.J. 1er édition 2006 ;P :105.

[440] بل إن بعض الفقه المغربي، يرى أن نظرية السبب الحديثة كما هي اليوم عند اللاتينيين مستخلصة من كتب الفقه المالكي والحنبلي، لأن ما بينها من تشابه يصعب أن يأتي عن طريق توارد الأفكار بحسب هذا الفقيه.

حمداتي شبيهنا ماء العينين: تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي؛ مطبعة المعارف الجديدة/ الرباط؛ 2007؛ ص:185.

[441] للتعمق في مختلف الأراء التي قال بها الفقهاء المسلمون يمكن الرجوع لمؤلف الدكتور محمد ابن معجوز: السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة للسبب في القانون الروماني والفرنسي والقوانين العربية والشريعة الإسلامية؛ مرجع سابق؛ ص:95 وما بعدها.

المبحث الثاني: ركن السبب في القانون المغربي

360. تناول المشرع المغربي ركن السبب في الفصول من 62 إلى 65 من ق.ل.ع. ولعل الملاحظة الأساسية بخصوص المقتضيات التي جاءت بها هذه المواد، هي أنها تتميز بالغموض وعدم الوضوح، الأمر الذي جعل الفقه المغربي ينقسم إلى اتجاهين؛ الأول[442]، يرى بأن القانون المغربي أخذ بالنظرية التقليدية في السبب، بينما يذهب الاتجاه الثاني[443]، إلى القول بأن القانون المغربي تأثر بالنظريتين معا التقليدية والحديثة.

وإذ نؤيد الاتجاه الثاني، فذلك للعديد من المبررات والأسباب الموضوعية، لعل أهمها المقتضيات التي أوردها الفصل 62 من ق.ل.ع. حيث إن الشق الأول من الفقرة الأولى من هذا الفصل الذي جاء فيه**"الالتزام الذي لا سبب له"** تؤكد تأثر المشرع المغربي بالنظرية التقليدية، مادام أنه يستشف من هذه الفقرة أن الالتزام يمكن أن يكون له سبب، كما يمكن أن يكون السبب غير موجود، ولا يتقرر البطلان إلا في الحالة الثانية.

أما الشق الثاني من هذه الفقرة التي جاء فيها "...أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن"، فإنه يفيد تأثر المشرع المغربي بالنظرية الحديثة هي الأخرى، مادام أن سبب الالتزام إما أن يكون مشروعا أو غير مشروع، إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام، أو للقانون حسب أحكام الفقرة الثانية من الفصل 62 من ق.ل.ع؛ والسبب بهذا المفهوم هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

361. بغض النظر عن الموقف الذي يجسده المشرع المغربي من خلال الأحكام التي خصصها لركن السبب، فإنه يتعين أن تتوفر في السبب مجموعة من الشروط؛ يمكن إجمالها في ضرورة أن يكون السبب موجودا (أولا)، وحقيقيا (ثانيا)، وأن يكون مشروعا (ثالثا).

أولا: أن يكون السبب موجودا

362. تطلب المشرع المغربي وجود السبب بمقتضى الفصلين 2 و62 من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ حيث يتعين أن يكون لكل التزام سبب وإلا كان العقد باطلا.

---

[442] أحمد شكري السباعي:نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن؛ مرجع سابق؛ ص:176.
مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الجزء الأول، مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:202.

[443] عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي؛ مرجع سابق؛ ص:155.
بل إن الأستاذ العرعاري يذهب إلى أن ازدواجية السبب التي يقررها المشرع المغربي بمقتضى الفصل 62 من ق.ل.ع. هي نفسها التي أكد عليها المشرع المصري أيضا في المادة 136 مدني مصري، حيث جاء فيها "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

غير أن حالات انعدام السبب نادرة[444]، مادام أن التعاقد بدون سبب يعتبر من قبيل العبث؛ من ذلك، الشخص الذي يستأجر زوجته من أجل إرضاع ولدها منه، حيث يعتبر العقد في مثل هذه الحالة باطل لانعدام السبب، مادام أن الرضاعة تعتبر واجبة عليها قانونا.

ثانيا: ضرورة أن يكون السبب حقيقيا

363. أكد المشرع المغربي على هذا الشرط بمقتضى الفصول 63، و64 و65 من ق.ل.ع. حيث جاء في الأول على أنه يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر، وأعقبه الفصل الثاني بالقول على أنه يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس، بينما نص الفصل 65 على أنه إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي، أو غير مشروع، كان على من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يقيم الدليل عليه.

364. نستشف مما سبق، أنه يشترط في السبب أن يكون حقيقيا لا وهميا أو كاذبا؛ ويكون السبب كاذبا إذا كان صوريا[445]، أي ظاهريا يخفي سببا آخر؛ غير أن الالتزام الذي يقوم على سبب صوري لا يكون باطلا لصورية السبب، وإنما لكون هذا السبب يكون في الغالب غير مشروع، ومن ثم فإن الالتزام يكون باطلا لعدم مشروعية السبب.

من قبيل ذلك، الشخص الذي يتظاهر بدفع مبلغ معين من النقود لامرأة على أساس أنه قرض، بينما هو يهدف إلى مكافأتها على العلاقة غير المشروعة التي تربطهما سريا، كما أكد على ذلك المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 14 دجنبر 1977، الذي جاء فيه "السبب غير المشروع يفسد الالتزامات ولو لم يكن هو السبب الوحيد في إنشائها وأن صالح الأسباب لا يجوز الفاسد منها ولا يمحوه وأن الوصية التي يحررها الموصي إرضاء لخليلته هي وصية باطلة لأنها تتنافى مع الأخلاق الحميدة وتتعارض مع النظام العام المغربي الذي لا يقر ما ينبني على فساد الأخلاق من معاملات والتزامات"[446].

ثالثا: مشروعية السبب

365. تطلب المشرع المغربي مشروعية السبب في العديد من النصوص القانونية، فبالإضافة للفصول 62، 63 و 65 من ق.ل.ع. فإن هناك العديد من الحالات التي

[444] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007 ; p:148.

[445] MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Op.cit ; P:283.

[446] مجلة المحاماة؛ العدد الأول؛ 1978؛ ص:111.

تطرق فيها قانون الالتزامات والعقود المغربي لبطلان بعض العقود الخاصة لعدم مشروعية السبب صراحة كما هو الشأن بالنسبة لحالة عقود الغرر.

وبالرجوع للفصل 62 من ق.ل.ع. نجده حدد المقصود بالسبب غير المشروع؛ حيث نصت الفقرة الثانية من هذا الفصل، على أن السبب يكون غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو القانون.

366. في نهاية هذه الفقرة، **أود التطرق لملاحظتين أساسيتين؛ الأولى** تتمثل في الخلاف الذي أثاره بعض الفقه بخصوص ضرورة التمييز بين العقود الملزمة لجانبين وعقود التبرع[447]، حيث يشترط في عدم مشروعية السبب بالنسبة للنوع الأول أن تكون معلومة من قبل الطرفين، في حين يكفي بالنسبة للنوع الثاني أن تكون معلومة من قبل منشئ التصرف دون المستفيد[448]؛ ولعل أساس هذا التمييز كما ذهب لذلك أنصاره أن المتعاقد في العقود الملزمة لجانبين يكون أولى بالحماية من المستفيد في عقود التبرع، مادام أن هذا الأخير لن يقدم أي مقابل لما أخذه. وفي مقابل الرأي الذي يدافع عن هذا التمييز، فإن الفقه الحديث يرى ضرورة أن تكون عدم مشروعية السبب معلومة من الطرفين في جميع أنواع العقود، وذلك بهدف تحقيق استقرار المعاملات[449]، وأيضا بهدف ضمان الحقوق المقررة للمتبرع له في هذا النوع من العقود.

أما الملاحظة الثانية، فتتعلق بإثبات السبب؛ حيث إنه طبقا للفصلين 63 و65 من ق.ل.ع. فإنه يفترض في كل التزام أن له سبب مشروع؛ مما يعني أنه يتعين على من يدعي عكس ذلك أن يقيم الدليل على أن السبب غير مشروع[450]. وهذا الموقف هو نفسه الذي أكد عليه القضاء المغربي في العديد من قراراته، من ذلك ما قضت به محكمة النقض[451]، حيث ذهبت إلى أن الالتزام الذي لم يذكر له سبب في السند يفترض أن له سببا مشروعا وعلى المدين المطالب بوفاء دينه إن نازع في وجود السبب أن يقيم الدليل على ذلك بأية وسيلة من وسائل الإثبات كشهادة الشهود والقرائن.

---

[447] عبد الرحمان بلعكيد: الهبة في المذهب والقانون؛ مرجع سابق؛ ص:203.

[448] FAGES Bertrand : Droit des obligations ; L.G.D.J. 2007 ; p :151.

[449] عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي؛ الجزء الأول: مصادر الالتزامات؛ مرجع سابق؛ ص:159.

[450] نفس المقتضى نصت عليه المادة 1132 من القانون المدني الفرنسي؛ راجع من أجل التعمق في هذه النقطة مؤلف:
MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François : Leçons de droit civil ; Obligations, théorie générale ; Op.cit ; P:288.

[451] قرار بتاريخ 14 نوفمبر 1960؛ مجلة القضاء والقانون؛ عدد 35-36؛ ص:238.

فهرس المواد